



Forsvarets stabsskole
Våren 2008

Masteroppgave

Når er enkeltpersoner lovlige mål i væpnede konflikter?

Olav Skard Jørgensen

SUMMARY

In the new wars of today, the principle of distinction is thoroughly put to the test. The enemy of the state is no longer regular forces and mass armies of other states, but dangerous individuals and armed groups, operating against a state. The enemies as such are individuals operating internationally, or inside the territory of a state, without making the effort to distinguish themselves from peaceful civilians.

Hence, from a legal point of view, the question is *when are these individuals' lawful targets in armed conflicts?* Members of the armed forces of a state are *combatants*, and as such, they are lawful targets, but why is it so? Civilians are protected from the consequences of war “*unless, and for such time they take a direct part in hostilities*”.¹ The challenging factor concerning this rule is that it has no universally accepted definition.

This paper examines when individuals are lawful targets in armed conflict and observes that there is hardly any way to avoid a case-by-case approach, which examines the individual circumstances, to determine whether a *civilian* is taking a direct part in hostilities.

¹ Se art 51 (3) TP I; 14 (3) TP II.

FORORD

Når jeg nå leverer denne oppgaven, betyr det farvel til en problemstilling som i økende grad har vokst seg mer spennende og mer interessant gjennom måneder med systematisk arbeid. Jeg ser det som et vellykket valg å benytte folkerettslig metode i oppgaven, og jeg vil anbefale å skrive en juridisk oppgave for andre ikke-jurister. Metoden er et meget godt hjelpemiddel til å jobbe seg systematisk og stegvis mot klarhet i kompliserte problemstillinger.

Jeg vil takke min veileder førsteamanuensis ved norsk senter for menneskerettigheter og professor II ved FSS, Gro Nystuen for særdeles god veiledning. Spesielt har jeg satt pris på hennes evne til å avgrense en problemstilling, og samtidig presisere hva som er tilstrekkelig dybde og presisjon i drøftingene. Jeg skal ikke glemme at dårlig språk er dårlig juss.

Akershus, 26. mai 2008.

Olav Skard Jørgensen

INNHOLDSFORTEGNELSE

Summary	3
Forord.....	4
Når er enkeltpersoner lovlig mål i væpnede konflikter?	7
1 Innledning	7
1.1 Krigens endrede karakter	7
1.2 Distinksjonsproblemet	8
1.3 Avgrensning	9
1.4 Formål med oppgaven.....	11
1.5 Metode og kilder.....	11
1.6 Den videre fremstilling	13
2 Presentasjon av noen sentrale begreper.....	13
2.1 Stridende	13
2.2 Sivile	15
2.3 Internasjonale og ikke-internasjonale væpnede konflikter	16
3 Direkte deltagelse i fiendtligheter	18
3.1 Forbindelse til fiendtligheter	19
3.2 Fiendtligheter.....	20
3.3 Direkte deltagelse	23
3.4 Aktiviteter som kan være direkte deltagelse i fiendtligheter.....	30
3.4.1 Planlegging og ledelse	30

3.4.2	Sivile som menneskelige skjold	32
3.4.3	Etterretningsaktiviteter	34
3.4.4	Voldelige demonstrasjoner og opptøyer	36
3.4.5	Bevæpning	38
3.4.6	Vold mellom sivile	39
3.5	Fiendtlig hensikt	42
3.6	Tidsmessig varighet av direkte deltagelse	44
3.7	Direkte deltagelse i fiendtligheter og medlemskap i organiserte væpnede grupper	48
4	Konklusjoner og anbefalinger	54
4.1	Når er enkeltpersoner lovlige mål i væpnede konflikter?	54
4.2	Hva betyr dette i praksis for norske militære styrker?	56
4.3	Hva kan Forsvaret gjøre?	58
5	Bibliografi	60

NÅR ER ENKELTPERSONER LOVLIGE MÅL I VÆPNEDE KONFLIKTER?

1 INNLEDNING

1.1 KRIGENS ENDREDE KARAKTER

Total krig, i forståelsen av den klassiske utmattelseskrigen mellom staters konvensjonelle massearmeer for å sikre statens suverenitet er mer eller mindre historie. Jeg kaller denne form for krig for gammel krig. Krigen har utviklet seg i retning av asymmetrisk krigføring mellom en stat med overlegen teknologi og militær styrke, og mer eller mindre regulære motstandsgrupper eller opprørsbevegelser med underlegen teknologi og underlegen styrke – ny krig. Selv om det finnes unntak, har krigen skiftet karakter fra underkastelse av fienden gjennom å ødelegge dennes regulære militære avdelinger, til nøytralisering av farlige enkeltindivider eller grupper. Den militære benevnelsen for denne type krigføring er opprørskrig, hvor de militære operasjoner kalles anti opprørs operasjoner. Trusselen mot staten er en fiende som benytter asymmetriske terroristmetoder til erstatning for pansrede divisjoner og luftmakt. Motstanderen har blitt personifisert.²

I gamle kriger var det militære mål å nøytralisere en fiende gjennom å ødelegge kampkraften i hans divisjoner. En panserdivisjon kan ikke ignoreres eller overtales til overgivelse, den må ødelegges. Det vil si å drepe et tilstrekkelig antall soldater og ødelegge nok militært materiell til at den slutter å kjempe. Det er i tråd med en slik oppfatning at Genèvekonvensjonene har utviklet seg fra sin begynnelse i 1864 til dagens fire Genèvekonvensjoner av 1949. I anti-opprørs operasjoner er målet for militærmakten i større grad enkeltpersoner som deltar direkte i fiendtligheter, og i mindre grad regulære styrker. Enkeltpersonene kan tilhøre grupper eller enheter av type paramilitær eller gerilja. De er færre i antall, underlegne i våpen og utrustning, men i stand til å forårsake betydelig skade på en konvensjonell motstander. Målene i ny krig er personer av to årsaker. For det første vil de få organiserte enheter som opprørerne kontrollerer unngå å møte en overlegen militærmakt på slagmarken. Det finnes derfor sjelden militære avdelinger å ødelegge men heller små grupper og enkeltindivider som kan angripes dersom de kan identifiseres. For det andre er lederskap og ferdigheter til sentrale personer i ledelse og støtteapparat i opprørsstyrker helt avgjørende for deres kampevne.³ Slike ledere og sentrale

² Se Statman, D. (2004). Targeted Killing. *Theoretical Inquiries in Law*, 5 (1), s. 190.

³ Ibid. s. 192.

personer er mye vanskeligere å erstatte enn divisjonssjefer og deres død kan ha den samme effekt på opprørstyrkenes evne til å slåss, som tilintetgjøring av fiendens divisjoner i gamle krigers scenarioer.

1.2 DISTINKSJONSPROBLEMET

Den mest praktiske trussel mot sivile og militære i mange av dagens væpnede konflikter er ikke fiendtlige konvensjonelle militære styrker, men farlige enkeltindivider og grupper som benytter asymmetriske og ukonvensjonelle kampmetoder. Disse individene benytter en form for krigføring der et sentralt virkemiddel er å blande seg med de fredelige deler av sivilbefolkningen for med dette utgangspunkt å gjennomføre overraskende og brutale angrep. Denne taktikken gjør det vanskelig å skille mellom lovlig stridende og sivile som skal beskyttes. Første tilleggsprotokoll til Genèvekonvensjonene sier følgende om *distinksjon* som en grunnleggende regel:

”For å sikre respekt for og beskyttelse av sivilbefolkningen og sivile gjenstander, skal partene i konflikten til enhver tid skille mellom sivilbefolkningen og de stridende [...] og skal således bare rette sine operasjoner mot militære mål.”⁴

Utfordringen med distinksjon; nemlig å skille *sivile* fra *stridende*, gjelder både for medlemmer av fiendenasjonens væpnede styrker i internasjonale væpnede konflikter (IAC⁵) så vel som sivile som deltar aktivt i fiendtligheter i ikke-internasjonale væpnede konflikter (NIAC⁶). I sin videste forstand er problemet hvilke enkeltindivider som rettslig sett kan være gjenstand for *målrettede* angrep med militærmakt. Grove brudd på distinksjonsprinsippet kan gi alvorlige strafferettslige konsekvenser. Det norske forsvaret deltar kontinuerlig i internasjonale operasjoner, der dagens hovedinnsatsområde er Afghanistan. Bruken av militærmakt mot enkeltindivider, også med dødelig utgang, er i stadig større grad en del av operasjonsmønsteret. Militærmakt skal kun benyttes mot lovlige mål. Å definere lovlige mål er utfordrende for enkeltsoldater i kontakt med antatte motstandere så vel som for militære sjefer i sin planlegging og gjennomføring av operasjoner.

I ikke-internasjonale væpnede konflikter vil det ofte være spesielt vanskelig å opprettholde distinksjonsprinsippet. Disse konfliktene utvikler seg som regel fra intern uro hvor en stat

⁴ Se art. 48 i første tilleggsprotokoll til Genèvekonvensjonene av 8. Juni 1977. Jeg benytter originale engelske traktattekster samt norske oversettelser der det passer.

⁵ International Armed Conflict.

⁶ Non International Armed Conflict.

benytter sine politistyrker for å pasifisere fiendtlige individer eller opprørsgrupper, til en situasjon der voldsterskelen overstiger politiets kontroll. Bruken av makt i en intern konflikt (interne uroligheter) er begrenset av de internasjonale menneskerettighetene. Det primære virkemiddel for rettshåndhevelse er pågripelse og straffeforfølgning hvor dødelig bruk av makt kun er siste utvei. Når staten involverer sine militære styrker i den interne konflikten kan den klassifiseres som en ikke internasjonal væpnet konflikt og internasjonal humanitærrett (IHR) kommer til anvendelse. Dette kan innebære unntak fra retten til liv og dermed bruk av dødelig militærmakt i gitte situasjoner mot opprørere som sloss mot staten, så fremt de kan skilles fra andre beskyttede sivile.⁷

Problemet knyttet til distinksjon i dagens væpnede konflikter, internasjonale så vel som ikke-internasjonale, gir følgende problemstilling for denne oppgaven: *Når er enkeltpersoner å regne som direkte deltagende i fiendtligheter i væpnede konflikter og dermed lovlige mål?*

1.3 AVGRENSNING

Det er ikke plass i denne oppgaven til å behandle alle aspekter av når enkeltpersoner er lovlige mål i væpnede konflikter. Jeg vil ikke behandle tilfeller av intern uro i en stat under terskelen for væpnet konflikt, der normal rettshåndhevelse og politimakt er tilstrekkelig for å kontrollere konflikten. Jeg vil imidlertid berøre overgangen mellom intern konflikt og ikke-internasjonale væpnede konflikter. Forholdet mellom politiets rettshåndhevelse og bruk av militær makt vil fremheves der forholdet spiller en vesentlig rolle i drøftelsene.

Når jeg i oppgaven drøfter i hvilken grad enkeltpersoner er lovlige mål i væpnede konflikter, er det i betydningen lovlige mål for dødelig militærmakt og ikke andre type effekter som en militær styrke kan benytte for å påvirke en enkeltperson. Status ved tilfangetakelse og rettigheter for sivile som deltar direkte i fiendtligheter ved tilfangetakelse og internering vil ikke behandles. Problemet med manglende beskyttelse for straffeforfølgning vil heller ikke behandles. Jeg skal ikke drøfte hvorvidt direkte deltagelse i stridigheter alene utgjør en nasjonal forbrytelse, eller om deltagelsen i fiendtligheter må ha involvert en handling som er forbudt etter gjeldende nasjonal eller internasjonal lov. En drøfting av direkte deltagelse i fiendtligheter under okkupasjon ville vært interessant, men av plasshensyn vil okkupasjonsrettens innvirkning ikke behandles utover det som følger av de generelle drøftelsene.

⁷ For Norges vedkommende fremkommer dette blant annet av den Europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) av 4. november 1950 art. 2 jf. art. 15 (2).

Et problematisk forhold ved vurderingen av om en handling tilsvarende direkte deltagelse i fiendtligheter er hvem som avgjør om en person skal regnes som et lovlig mål (på grunn av personens direkte deltagelse) og hvilke forhold avgjørelsen må tas under. Vurderingene og avgjørelsen må tas i forkant av en handling og ikke i etterkant som når en domstol skal avklare et straffbart forhold i henhold til gjeldende rett. Dette kan skape følgende spenningsforhold: på den ene siden skal sivile beskyttes så langt som mulig, også dersom man er i tvil om de sivile fortsatt skal beskyttes mot angrep.⁸ Dette reiser spørsmål i forhold til hvilke krav som skal stilles til bevisets styrke. På den annen side må beslutningen ofte tas under sterkt tidspress. Disse avgjørelsene tas ofte av soldater på bakken som kun har sekunder til disposisjon for å avgjøre om en sivil person kan velges som mål eller om personen skal beskyttes. I tillegg vil bevismaterialet som faktisk er tilgjengelig ofte være mangelfullt og situasjonen både svært kaotisk og livstruende. Hvem tar beslutningen, når tas beslutningen og under hvilke forhold tas beslutningen? Dette spenningsforholdet vil ikke behandles under ett enkelt punkt. Problematikken vil imidlertid prege drøftelsene gjennomgående og der hvor problemstillingen spiller en særlig rolle vil dette fremheves.

Sammenhengen mellom humanitærrett og menneskerettigheter er i seg selv et stort og sammensatt tema. Det eksisterer en trend i den internasjonale rettslige debatt som kalles *the humanization of international humanitarian law*.⁹ Det kunne vært prinsipielt interessant å diskutere i hvor stor grad menneskerettigheter og humanitærretten utfyller hverandre i væpnede konflikter og hvilken effekt dette har på sivilbeskyttelse, spesielt hva gjelder bruken av makt mot sivile som *deltar direkte i fiendtligheter*. Jeg skal berøre dette temaet i noen grad men avstår fra å diskutere temaet i sin fulle bredde. Anvendelse av militærmakt mot militære mål som ikke er personer, nemlig objekter og gjenstander, skal heller ikke behandles spesielt. Jeg fokuserer på enkeltpersoner som militære mål. Dette er igjen et valg begrunnet i plasshensyn. Diskusjonen om hva som er militære gjenstander; herunder når sivile gjenstander går fra å være sivile gjenstander til militære og tilbake til sivile igjen, er en diskusjon med sterke paralleller til svingdørsproblematikken som skal behandles i oppgaven.¹⁰

⁸ Se art 50 (1) TP I.

⁹ Se Meron, T. (2000). *The Humanization of Humanitarian Law*. *The American Journal of International Law*, 94 (2), ss. 239.

¹⁰ Etter artikkel 52 (1) skal sivile gjenstander ikke være gjenstand for angrep eller represalier. Sivile gjenstander er enhver gjenstand som ikke er militære mål, slik som definert i paragraf 2: "Angrep skal være strengt begrenset til militære mål. Når det gjelder gjenstander, er militære mål begrenset til de gjenstander som ut fra art, plassering, formål eller bruk gir et effektivt bidrag til militære aksjoner, og som total eller delvis ødeleggelse, erobring eller nøytralisering av, etter de da rådende omstendigheter byr på en avgjort militær fordel". Denne regel gir rom for

I moderne væpnede konflikter er det en utvikling i retning av stadig mer utstrakt bruk av private kontraktører og leiehærer til støtte for partene. En slik trend reiser interessante rettslige spørsmål, blant annet vedrørende personellet status og deres bruk av militærmakt, samt problematikken med kontroll og disiplinærsystemer sammenlignet med regulære statlige styrker. Den rettslige diskusjon knyttet til private kontraktørers deltagelse i væpnede konflikter er svært omfattende og vil derfor ikke behandles særskilt utover det som følger av drøftelsene om når sivile er lovlige mål.

1.4 FORMÅL MED OPPGAVEN

Norges styrkebidrag i utlandet ledes som regel av offiserer på major- og oberstløytnant nivå. Disse offiserene begynte i Forsvaret rundt Berlinmurens fall og den kalde krigens slutt. Offiserenes befalsskole og krigsskoleutdanning var sterkt preget av den kalde krigens søkelys på Russland som en potensiell hovedtrussel mot Norge. Det var ikke tvil om hvordan motstanderen så ut, og vi hadde god kunnskap om Russisk materiell og taktikk. I dag er situasjonen en helt annen. Norske offiserer har ansvar for personell og materiell og skal løse oppdrag i Afghanistan der motstanderen er Taliban, men hvem er nå det? Når er sivile lovlige mål og er det stridende personellet i det norske forsvar alltid lovlige mål i væpnede konflikter? Overgangen fra kald krig til internasjonale operasjoner har gjort det viktigere å avgjøre og samtidig vanskeligere å vite hvem som er lovlige mål.

Det er behov for økt kunnskap om, og forståelse for, militære styrkers praktiske muligheter og begrensninger hva angår målvalg av enkeltpersoner. Denne oppgaven er skrevet med det formål å belyse hvem som er lovlige mål for militærmakt i dagens væpnede konflikter og dermed bidra til økt innsikt i hvordan militære operasjoner skal planlegges og gjennomføres i rammen av internasjonal humanitærrett.

1.5 METODE OG KILDER

I oppgaven vil jeg anvende folkerettslig metode i henhold til statuttene for Den internasjonale domstol (International Court of Justice, heretter ICJ) artikkel 38.¹¹ Følgelig vil jeg benytte

tilfeller der en gjenstand (for eksempel et bolighus) i den ene situasjonen er sivil, for så i den neste å bli til et militært mål fordi gjenstanden *benyttes* til militære aktiviteter, og så tilbake til sivilt når den militære aktiviteten har opphørt. Det er dette jeg ser som en parallell til svingdørsproblematikken der sivile personer går inn og ut av beskyttelse avhengig av aktivitet.

¹¹ Statuttene for Den internasjonale domstol av 26. juni 1945.

internasjonale konvensjoner som Genèvekonvensjonene av 12. august 1949 (GK), med tilleggsprotokoller av 8. juni 1977 (TP I og TP II) som hovedkilder. Herunder vil fellesartikkel 3 til Genèvekonvensjonene, art 51 (3) TP I, samt art 13 (3) TP II være sentrale fordi de omhandler direkte deltagelse i fiendtligheter (i denne teksten brukes heretter forkortelsen DDF synonymt med begrepet direkte deltagelse i fiendtligheter). Jeg vil så langt som mulig tolke loven de lege lata (slik den er), og når lover behandles de lege ferenda (slik den kunne være) vil jeg tydeliggjøre dette. Jeg vil videre benytte traktater som regulerer internasjonale krigsforbrytelser, herunder Statuttene for den internasjonale krigsforbryterdomstol (Statute of the International Criminal Court, heretter ICC) med spesiell vekt på artikkel 8 som omhandler krigsforbrytelser.¹² Også sedvanerett er en sentral kilde i folkeretten. Den internasjonale røde kors komité (International Committee of the Red Cross, heretter ICRC) sin sedvanerettsstudie vil derfor anvendes fordi den er et omfattende forsøk på å beskrive hva som er sedvanerett i dag og den er et nyttig referanseverk for staters praksis.¹³ Det samme kan sies om San Remo-manualen om ikke-internasjonale væpnede konflikter som også vil benyttes.¹⁴

Videre vil rettsavgjørelser fra nasjonale, “internasjonaliserte” og internasjonale domstoler benyttes som rettskilder der de omhandler sivile som deltar direkte i fiendtligheter, samt målvalg av sivile basert på medlemskap i en stridende gruppe. Israels høyesteretts-dom knyttet til lovligheten av israelske myndigheters policy om målrettede drap av terrorister eller *targeted killings* er den sentrale avgjørelsen (heretter TK-dommen).¹⁵ Dette er den første domstolsavgjørelsen som foreligger om direkte deltagelse i fiendtligheter i internasjonal humanitærrett.¹⁶ Jeg vil som tilleggskilder benytte artikler, bøker og andre publikasjoner fra rettseksperter og andre spesialister i den internasjonale debatt.

Jeg har for oppgaven benyttet referatene fra en serie med møter i regi av ICRC hvor forholdet *direkte deltagelse i fiendtligheter* under internasjonal humanitærrett ble diskutert. På disse møtene har rettseksperter argumentert for og imot ulike aspekter ved hva som utgjør direkte

¹² Se Statuttene for den internasjonale krigsforbryterdomstol av 17. Juli 1998, art.8.

¹³ Se Doswald-Beck, L., & Henckaerts, J. (2005). *Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules*. Cambridge: Cambridge University Press.

¹⁴ Se Dinstein, Y., Garraway, H., & Schmitt, M. (2006). *The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict, With Commentary*. Sanremo: International Institute of Humanitarian Law.

¹⁵ Se The policy of targeted killings - Judgment, HJC 769/02 (The Supreme Court Sitting as the High Court of Justice Before President (Emeritus) A. Barak, President D. Beinisch, December 11, 2005). Denne dommen refereres ofte til som targeted killing dommen, og forkortes her til TK-dommen.

¹⁶ Se Fenrik, W. J. (2007). The Targeted Killings Judgement and the Scope of Direct Participation in Hostilities. *Journal of International criminal justice*, 5 (2), s. 332.

deltagelse i fiendtligheter. Møtene besto av tre samlinger i perioden 2003 – 2005.¹⁷

Møtereferatene er allment tilgjengelige på ICRC sine hjemmesider. Jeg vil i tillegg nevne at det er en begrenset mengde med publisert litteratur som omhandler problemstillingen, selv om problemstillingen er gjenstand for økende diskusjon i den internasjonale debatt. Det eksisterer bortimot ingen litteratur på norsk, eller av norske forfattere som spesifikt omhandler problemstillingen.¹⁸

1.6 DEN VIDERE FREMSTILLING

Jeg vil behandle problemet gjennom først å redegjøre for noen sentrale begreper. Deretter vil jeg diskutere konseptet *direkte deltagelse i fiendtligheter*, inklusive en dybdeanalyse av utvalgte handlinger som kan utgjøre direkte deltagelse i fiendtligheter. Så vil jeg diskutere hvorvidt *sivile* gjennom direkte deltagelse i fiendtligheter og medlemskap i væpnede grupper blir til lovlige mål på lik linje som *stridende*. Til slutt vil jeg konkludere med når enkeltpersoner er å regne som direkte deltagende i fiendtligheter (og dermed lovlige mål), hva dette betyr for norske offiserer og soldater i praksis, samt hva det norske forsvar kan gjøre for å bedre kompetansen om problemstillingen.

2 PRESENTASJON AV NOEN SENTRALE BEGREPER

Begrepet *direkte deltagelse i fiendtligheter* er hentet fra Genèvekonvensjonene samt tilleggsprotokollene og beskriver et av de mest sentrale og problematiske forhold forbundet med distinksjonsprinsippet, nemlig tap av immunitet mot angrep ved direkte deltagelse i fiendtligheter.¹⁹

2.1 STRIDENDE

I internasjonale væpnede konflikter er medlemmene av partenes væpnede styrker *stridende* eller kombattante (med unntak av prester og medisinsk personell som er dekket av artikkel 33 i tredje

¹⁷ Se The international Committee of the Red Cross. (2003). *Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*. Geneva: ICRC; The ICRC and the TMC Asser Institute. (2004). *Second Expert Meeting Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*. Hague: ICRC; The International Committee of the Red Cross and the TMC Asser Institute. (2005). *Third Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities*. Geneva: ICRC.

¹⁸ Dahl berører problemstillingen i Dahl, A. W. (2003). *Håndbok i militær folkerett*. Oslo: J.F. Cappelens Forlag as, ss 97-98.

¹⁹ Se felles art. 3 til GK; art 51 (3) TP I; art. 13 (3) TP II.

konvensjon), hvilket betyr at de har rett til å delta direkte i fiendtligheter.²⁰ Denne retten innebærer at kombattante ikke kan straffeforfølges for *direkte deltagelse i fiendtligheter*. Det er en forutsetning at deltagelsen utføres som lovlige kamphandlinger. Hvis de tas til fange er de krigsfanger og tilkommer en krigsfanges beskyttelse etter IHR.²¹ Selv om IHR ikke direkte uttrykker at kombattante er lovlige mål, så ligger dette implisitt i den definerte grunnregel i art. 48 TP I: ”partene i konflikten [skal] til enhver tid skille mellom sivilbefolkningen og de stridende [...] og skal således bare rette sine operasjoner mot militære mål”. Fortalen til St Petersburg-erklæringen av 1868 støtter dette da den sier: “Considering[...]that the only legitimate object which states should endeavour to accomplish during war is to weaken the military forces of the enemy...”.²² Stridende personell er etter dette lovlige mål for angrep.

Det er også logisk at retten til direkte deltagelse i fiendtligheter nødvendigvis fjerner beskyttelse mot angrep, men betyr dette at kombattante alltid er lovlig gjenstand for angrep uavhengig av hvor de er og hva de gjør? IHR definerer ingen beskyttelse mot angrep for stridende med unntak av situasjoner der det stridende personellet er *hors de combat* (kampudyktig).²³ Dette betyr at det ikke er noe ”forbud mot å drepe fiendens soldater i krig, men dette gjelder ikke for soldater som ikke lenger er *stridende*, enten fordi de har lagt ned våpnene og ikke lenger har midler til å forsvare seg, eller fordi de er såret eller bevisstløse, og derfor ute av stand til å forsvare seg.”²⁴ Det er således lovlig å angripe enkeltmedlemmer av de væpnede styrker (*stridende*) når de er på perm, på ferie, under utdanning, kommandert til tjeneste utenfor den væpnede konflikt, ja til og med når de sover. Det er ikke et rettslig krav at en motstander først skal vurdere å forsøke alternative metoder som arrestasjon før stridende personell kan angripes, og følgelig gjelder ikke prinsippet om minst mulig skade. Det er i følge IHR ikke tillatt å drepe en stridende ved bruk av svik, men denne regelen forbyr svik som krigføringmetode uavhengig av målets status.²⁵ Humanitærretten er basert på den forutsetning at det bare er stridende personell som skal delta i fiendtligheter. Det synes å være et hovedargument for hvorfor stridende alltid er lovlige mål, at de alltid har rett til å angripe sin motstander til enhver tid og derfor selv må kunne angripes hele tiden uavhengig av hvor de er og hva de gjør. Væpnede konflikter skal være oppgjør mellom stridende.

²⁰ Se Artikkel 43 (2) TP I.

²¹ Se Artikkel 44 (1) TP I; art 4 flg GK III.

²² Se fortalen til St Petersburg deklarasjonen av 1868.

²³ Se art 41 TP I.

²⁴ Se Ot.prp.nr.8. (2007 - 2008). Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 mv. Det Kongelige Justis og Politidepartementet, s. 285 i merknadene til straffeloven av 2005 § 103 bokstav a.

²⁵ Se art 37 TP I.

2.2 SIVILE

Forholdet er mer komplisert hva gjelder *sivile*. En sivilperson er ”enhver som ikke hører til noe av de persongrupper som det vises til i artikkel 4 A 1), 2), 3) og 6) i tredje konvensjon og i artikkel 43 i denne protokoll[...]Sivilbefolkningen omfatter alle som er sivile.”²⁶ Sivile har immunitet mot angrep,”...med mindre og så lenge de deltar direkte i fiendtligheter.”²⁷ Til tross for at *direkte deltagelse i fiendtligheter* innebærer alvorlige rettslige konsekvenser, så finnes det ingen definisjon av begrepet verken i Genèvekonvensjonene av 1949 eller tilleggsprotokollene av 1977. Det er således et spørsmål hva *fiendtligheter* er, hva *direkte deltagelse* er og hvor lenge målt i *tid* en slik direkte deltagelse varer. Varigheten av deltagelsen berører det såkalte *svingdørsteorien* der sivile kan gjenvinne sin rett til beskyttelse etter et avsluttet angrep ved å legge ned våpnene og på ny være fredelige sivile, for så ved en senere anledning å gjennomføre nye angrep. Videre er det et spørsmål om medlemskap i en væpnet gruppe kan oppfattes som direkte deltagelse i fiendtligheter, også utenom stridigheter. I tilfelle vil den såkalte *medlemskapstilnærmingen* være en speilvendning av reglene gjeldende for medlemskap i væpnede styrker jf. art 43 TP I.

Tilførsel av en tredje kategori personell i humanitærretten som innebærer status som lovlig mål er foreslått av enkelte stater og rettsteoretikere. Problemstillingen er en del av den internasjonale debatt. IHR definerer ingen undergrupper av sivile. Israels høyesterett har vurdert dette forholdet i TK-dommen. Israels regjering ba Høyesterett vurdere en tredje personkategori som ulovlig stridende (unlawful combatants) for personer som kontinuerlig tar aktivt del i en væpnet konflikt og derfor kan være gjenstand for målvalg på lik linje med kombattante, dvs. at de ikke tilkommer sivile personers beskyttelse mot angrep. Israels høyesterett finner at

“In our opinion, as far as existing law goes, the data before us are not sufficient to recognize this third category. That is the case according to the current state of international law, both international treaty law and customary international law. It is difficult for us to see how a third category can be recognized in the framework of the *Hague and Geneva Conventions*.”²⁸

Følgelig er det ikke holdepunkter i traktater, sedvane eller rettspraksis som støtter en slik tilleggskategori for personell som tar aktivt del i en væpnet konflikt. Man er enten stridende, eller sivil i rettslig forstand. Professor Cassese er av den samme oppfatning når han uttrykker at:

²⁶ Se art 50 (1) og (2) TP I.

²⁷ Se art 51 (3) TP I; 13 (3) TP II.

²⁸ Se The policy of targeted killings - Judgement, 2005 avsn. 28.

”...with regard to the classes of persons involved in an international armed conflict, it must be emphasized that international law does not make allowance for a tertium genus or a third category.”²⁹

Israels høyesterett benytter likevel begrepet ulovlig stridende når de i dommen omtaler sivile som deltar direkte i fiendtligheter. Dette er imidlertid kun i betydningen av en rettslig tilstand eller funksjon som eksisterer så lenge deltagelsen varer. Vi skal ta denne diskusjonen videre senere i oppgaven.³⁰

Begrepet *direkte deltagelse i fiendtligheter* impliserer nødvendigvis en forskjell fra indirekte deltagelse. Dette gir to poler med et spenn som deltagelsens art kan vurderes utfra, men hvordan skal ytterpunktene defineres og hvilke handlinger i spennet mellom disse to poler skal regnes som fiendtlige, direkte og indirekte? Kommentaren til TP I tolker det slik at ”...”direct” participation means acts of war which by their nature or purpose are likely to cause actual harm to the personnel and equipment of the enemy armed forces.”³¹ Denne tolkningen av direkte deltagelse i fiendtligheter er utfordret av spesialister på IHR, samt til en viss grad av staters praksis, som forsøker å utvide begrepet. Det er en pågående internasjonal debatt om hvorvidt situasjoner eller operasjoner som ikke nødvendigvis innebærer direkte voldshandlinger som logistikkstøtte og vakttjeneste, etterretninger og kommando og kontroll (K2) utgjør direkte deltagelse i fiendtligheter. Dagens væpnede konflikter gir ytterligere utfordringer med tanke på å definere og implementere bestemmelsen om direkte deltagelse i fiendtligheter. Høyt teknologisk krigføring, privatisering av de væpnede styrker og krigen mot terror kan stå som eksempler på dette. Den økte grad av sammenblanding av sivile og militære aktiviteter gjør det ytterligere vanskelig å avgjøre hvem som deltar direkte i *fiendtligheter* samt hva slags tiltak som skal iverksettes for å beskytte de som ikke tar direkte del.

2.3 INTERNASJONALE OG IKKE-INTERNASJONALE VÆPNEDE KONFLIKTER

Skal det benyttes en felles oppfattelse av *direkte deltagelse i fiendtligheter* for både internasjonale og ikke-internasjonale væpnede konflikter? Det rettslige utgangspunktet for IAC er art 43 TP I som sier at væpnede styrker og ”medlemmer av de væpnede styrker[...]er

²⁹ Se Cassese, A. (2005). *International Law Second Edition*. New York: Oxford University Press, s. 420.

³⁰ Se punkt 3.7.

³¹ Se Sandoz, Y., Zimmermann, B., Eberlin, P., Gasser, H. P., & Wenger, C. F. (1987). *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*. Geneva: ICRC, avsn. 1944.

stridende, det vil si de har *rett til å delta direkte i fiendtligheter*.”[min utheving]³² Art 51 (3) TP I gir *alminnelig beskyttelse* for sivile mot farer som oppstår av militære operasjoner ”med mindre, og så lenge, de deltar direkte i fiendtligheter.”³³ For NIAC skiller ikke felles art 3 GK mellom stridende og sivile. Det samme gjelder for TP II som til forskjell fra TP I ikke inneholder en definisjon av stridende, men som bruker den samme ordlyden i art 13 (3) som i art 51 (3) TP I om at sivilpersoner skal beskyttes ”med mindre, og så lenge, de deltar direkte i fiendtligheter.”

Statuttene for den internasjonale krigsforbryterdomstolen (ICC) skiller mellom disse to konflikttypene ved ulike straffebud for krigsforbrytelser begått i IAC og NIAC ³⁴. Statuttene for den internasjonale domstol vedrørende krigsforbrytelser begått i det tidligere Jugoslavia (ICTY) skiller ikke mellom konflikttypene. Hva gjelder forbrytelser mot menneskeheten presiseres det at domstolen har kompetanse til å dømme personer som er ”...responsible for the following crimes when committed in armed conflict, wether international or internal in character...”³⁵ I *Galic*-saken konkluderes det med en likhet for begge konfliktstyper da ”customary international law makes the offences set out under article 3 of the Statue, including the crime of attacks on civilians, applicable to all armed conflicts, whether internal or international.”³⁶ ICRC sin sedvanerettsstudie sier i sin regel 6. at: ”Civilians are protected against attack unless and for such time as they take a direct part in hostilities”, og hevder at denne regelen er internasjonal sedvanerett gjeldende for både IAC og NIAC.

For Norges del legges det til grunn at en handling må skje i forbindelse med en væpnet konflikt dersom den skal kunne regnes som en krigsforbrytelse. Handlingen det vises til kan være utført av militære eller sivile mot medlemmer av fiendens militære styrker eller sivile borgere. Væpnet konflikt i denne betydning omfatter situasjoner der ”stater bruker våpen mot hverandre eller når det foreligger langvarig væpnet vold mellom statens myndigheter og organiserte væpnede grupper.”³⁷ Følgelig skiller ikke Norge mellom konflikttypene. For oppgavens drøfting av direkte deltagelse i fiendtligheter (DDF) går jeg derfor ikke nærmere inn på det prinsipielle skille

³² Se art 43 (2) TP I.

³³ Se art 51 (3) TP I.

³⁴ Se statuttene for den internasjonale krigsforbryterdomstol og forskjellene mellom det som listes som krigsforbrytelser etter art 8 (2) (a) og de forbudte handlinger gjeldende for konflikter av en ikke internasjonal karakter etter art 8 (2) (c).

³⁵ Se UN S/RES/827 (1993). Statuttene for den internasjonale domstol vedrørende krigsforbrytelser begått i det tidligere Jugoslavia, art 5.

³⁶ Se *Galic* - Judgement, IT-98-29-A (The International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991 - May 25, 1993 (ICTY) November 30, 2007), avsn. 120.

³⁷ Se Ot.prp.nr.8 , 2007 - 2008) s. 284 i merknadene til straffeloven av 2005 § 103.

mellom direkte deltagelse i fiendtligheter i internasjonale og i ikke-internasjonale væpnede konflikter. Problemstillingen med DDF vil derfor drøftes samlet.

3 DIREKTE DELTAGELSE I FIENDTLIGHETER

Sivilpersoner skal nyte godt av beskyttelsen som art 51 gir dem, ”med mindre, og så lenge, de deltar direkte i fiendtligheter.”³⁸ I et forsøk på å definere hva som utgjør *direkte deltagelse i fiendtligheter* foreslår ICRC fire grunnleggende vilkår som til sammen utgjør *direkte deltagelse i fiendtligheter*.³⁹ For det første om den fiendtlige handlingen er *forbundet* med fiendtligheter i en væpnet konflikt (nexus). Dette vilkåret synes i hovedsak ikke å være forbundet med en klassifisering av konflikten, men hvorvidt en handling er utført i *forbindelse* med fiendtligheter i rammen av en væpnet konflikt. For det andre er spørsmålet om det eksisterer en *fiendtlig handling* (hostilities). Vilåret omhandler hvorvidt den aktuelle handlingen som er utført er å regne som en *fiendtlig handling*. For det tredje er det et spørsmål om den aktuelle fiendtlige handlingen er årsaken til skadevoldelsen (causal proximity). Her er spørsmålet hvor nært i årsakssammenheng den fiendtlige handlingen er i forhold til den skadelige effekten, med andre ord hvor *direkte* den fiendtlige handlingen er. For det fjerde er spørsmålet om handlingen er utført i en fiendtlig *hensikt* (hostile intent). Dette vilkåret omhandler subjektiv og objektiv vurdering av hensikt, og er trolig ment som en slags parallell til strafferettslige vurderinger av forsett, hensikt og overlegg.

Israels høyesterett har i TK-dommen analysert regelen i 51 (3) ved å dele den i tre hoveddeler. Den første er kravet om at sivile deltar i *fiendtligheter*, som gir spørsmålet når tar en sivil person del i fiendtligheter? Den andre er at sivile deltar *direkte* i fiendtligheter (i motsetning til indirekte), som gir spørsmålet når er en slik deltagelse direkte? Den tredje er at tapet av beskyttelse gjelder for den *tid* som de deltar direkte i fiendtligheter, som gir spørsmålet hvor langt målt i tid strekker tapet av beskyttelse seg?⁴⁰ I drøftelsen nedenfor vil jeg kombinere de fire vilkårene fra ICRC med de tre hoveddeler fra TK-dommen da de er til dels overlappende og til dels ulike. Det er i praksis vanskelig å diskutere disse spørsmålene eller vilkårene som til sammen utgjør direkte deltagelse i fiendtligheter hver for seg, da de naturlig nok bygger på

³⁸ Se art 51 (3) TP I.

³⁹ Se The International Committee of the Red Cross and the TMC Asser Institute, 2005 s. 17.

⁴⁰ Se The policy of targeted killings - Judgement, 2005 avsn. 32; Program on Humanitarian Policy and Conflict Research. (2007). *Policy Brief - On the Legal Aspects of "Targeted Killings": Riview of the Judgment of the Israeli Supreme Court*. Harvard University, s. 11.

hverandre. Av systematiske hensyn vil jeg likevel drøfte de enkelte forhold hver for seg, men jeg tillater meg også å diskutere på tvers av vilkårene under de enkelte punkter.

3.1 FORBINDELSE TIL FIENDTLIGHETER

Den fiendtlige handlingen må ha forbindelse med en væpnet konflikt, hvis ikke er det ikke snakk om DDF. Det ligger ikke i denne oppgaven å diskutere *ius ad bellum* kriteriene og klassifisering av konflikter, med det er en viktig presisering at det ikke kan være snakk om direkte deltagelse i fiendtligheter med mindre handlingen er utført innenfor rammen av en *væpnet konflikt*.⁴¹ I tillegg må den aktuelle handlingen ha *forbindelse til fiendtligheter*. I følge kommentaren til tilleggsprotokollene skal *fiendtligheter* forstås som “acts which by their nature and purpose are intended to cause actual harm to the personnel and equipment of the armed forces.”⁴² Etter denne definisjonen vil et angrep på militære styrker være en fiendtlig handling, mens et væpnet ran vil være en kriminell handling. En slik presisering er nødvendig for å skille fiendtligheter fra andre nærliggende aktiviteter som i det vesentlige er kriminalitet. Det eksisterer imidlertid en gråsone der enkeltpersoner så vel som organiserte kriminelle og politiske grupper opererer både for egen vinnings skyld, og til støtte for partene i konflikten. I såkalte mislykkede stater (failed states) settes dette problemet på spissen ved at det er nærmest umulig å fastslå om en intersivil voldshandling er motivert av private grunner eller om volden er utøvd på vegne av en av partene i konflikten.⁴³

Interne stridigheter mellom klaner og grupperinger kan nå en terskel som tilsvarer væpnet konflikt og gjør distinksjonen mellom hva som er fiendtlige handlinger og kriminelle handlinger ytterligere vanskelig. I slike stammekriger kan medlemmer i alle aldre være involvert i grufulle handlinger mot andre sivile, inkludert kvinner og barn. Dette er ikke voldshandlinger rettet mot personell tilhørende motstanderens væpnede styrker i rettslig forstand, men dette synes likevel å kunne regnes som fiendtligheter. Jeg skal komme tilbake til vold mellom sivile og direkte deltagelse i fiendtligheter senere i oppgaven.⁴⁴

Det vesentlige skille mellom kriminalitet og direkte fiendtlige handlinger er at personer som deltar direkte i fiendtligheter kan bekjempes med militærmakt etter IHR, mens kriminalitet skal bekjempes etter normale metoder for rettshåndhevelse der det er aktuelt å ta liv kun som ytterste

⁴¹ Se felles art 2 til Genèvekonvensjonene av 12. August 1949, første setning; art 1 (2) TP I; art 1 (1) TP II.

⁴² Se Sandoz, Zimmermann, Eberlin, Gasser, & Wenger, 1987 avsn. 1942.

⁴³ Se The International Committee of the Red Cross and the TMC Asser Institute, 2005, s. 12.

⁴⁴ Se punkt 3.4.6.

konsekvens. Men hvordan skal denne forbindelsen til fiendtligheter kunne identifiseres i praksis? I teorien ser det ut til at kjennskap til den siviles forsett er relevant for å avgjøre hvorvidt en handling skal regnes som fiendtlig eller ikke. I praksis vil det imidlertid være umulig for en soldat på bakken å foreta et målvalg i løpet av sekunder basert på kjennskap til den siviles forsett. Fra et *subjektivt* synspunkt kan sivile bryte seg inn i et våpenlager for å stjele og selge våpen for egen vinning, for å angripe motstanderen, eller for å redusere en motstanders evne til å utruste seg med våpen. En soldat som griper inn i slike situasjoner kan ikke se inn i hodene på de involverte og avgjøre forsettet før han reagerer. Derfor må soldatens vurdering av handlingen som fiendtlig eller kriminell gjøres utfra objektive kriterier.⁴⁵

Fra et *objektivt* synspunkt vil handlingen i dette tilfellet uansett subjektivt forsett fra innbruddsmennene oppfattes som en fiendtlig inntregning på militært område – en fiendtlig handling, og en direkte deltagelse i fiendtligheter med påfølgende tap av immunitet mot angrep for de involverte. I en situasjon der regulære styrker kjemper mot opprørere i urbane områder, kan det vanskelig kreves av en soldat på bakken at han skal kunne skille mellom vinningskriminalitet som plyndring eller ran og stridsdeltagelse. Er det her riktig av soldaten å angripe en bevæpnet sivil, selv om den sivile kun er engasjert i simpel plyndring av et supermarked?⁴⁶ I disse vanskelige grensetilfellene må regler uansett håndteres i situasjonen, og soldater må ta avgjørelsen etter beste evne. Jeg kommer tilbake til forholdet subjektiv og objektiv vurdering av intensjon senere i oppgaven.⁴⁷ Vi har sett at forbindelse til fiendtligheter er et kontekstuell krav av betydning for at en handling kan regnes som direkte deltagelse i fiendtligheter. Det er likevel snakk om et kontekstuell krav som går utenfor selve begrepet *direkte deltagelse i fiendtligheter*.

3.2 FIENDTLIGHETER

Hvor vidt skal *fiendtligheter* tolkes? Det kan være nyttig å skille begrepene *fiendtligheter* og *væpnet konflikt* fra begrepet *angrep*. Det kan også være nyttig å skille andre begreper som også benyttes i tilsvarende situasjoner som; *militære operasjoner*, *handlinger som truer rikets sikkerhet* og *generell krigsinnsats* fra begrepet *direkte deltagelse i fiendtligheter*. TP I benytter begrepene *væpnet konflikt*, *fiendtligheter*, *militære operasjoner* og *angrep* i en og samme

⁴⁵ Se The International Committee of the Red Cross and the TMC Asser Institute, 2005 s. 26.

⁴⁶ Jeg stiller her et humanitærrettslig og ikke et strafferettslig spørsmål.

⁴⁷ Se punkt 3.5.

artikkel.⁴⁸ I et forsøk på å rangere disse begrepene hierarkisk er *væpnet konflikt* det videste fordi det har med klassifisering av selve konflikten å gjøre. Deretter følger *fiendtligheter* som den faktiske utførelsen av væpnet konflikt på vegne av *partene* i konflikten, inklusive direkte deltagelse i fiendtligheter av sivile⁴⁹, dernest *militære operasjoner*⁵⁰ fordi disse planlegges og gjennomføres i forbindelse med fiendtligheter, og til slutt *angrep* som er underordnet militære operasjoner, men som kun representerer en del av spekteret militære operasjoner.⁵¹

ICRC definerer *fiendtligheter* i kommentaren til TP I som: “*acts which by their nature and purpose are intended to cause actual harm to the personnel and equipment of the armed forces.*”⁵² En lignende definisjon som utvider målgruppen er lagt til grunn av den Interamerikanske kommisjonen om menneskerettigheter: “...*acts which by their nature or purpose, are intended to cause actual harm to enemy personnel and matériel*”.⁵³ Utvidelsen av målgruppen går fra *stridende* personell etter 43 (2) TP I (armed forces), til *fiendtlig* personell uten å spesifisere hva *fiendtlig* personell utgjør. Dersom denne utvidelsen skal ha en rettslig betydning må den omfatte *sivile* personer og objekter. Dette resonnementet synes å støtte konklusjonen i TK-dommen om at handlinger med den hensikt å skade sivile også regnes som fiendtligheter.⁵⁴ Når TK-dommen kommer til en slik slutning kan det trolig forstås i lys av at de terrorangrep som Israel utsettes for ofte har sivile som mål og at angrepene er utført av sivile.

Men hva er *acts which by their nature or purpose, are intended to cause actual harm*? En snever tolkning vil være å legge betydningen nært definisjonen på angrep som er “... *voldshandlinger* rettet mot motstanderen, enten offensivt eller defensivt.”⁵⁵ Et begynnende eller allerede igangsatt forsøk på voldshandlinger vil kunne oppfattes som en umiddelbar trussel, som når en sivil person plasserer en bombe i veikanten eller skyter mot en motstander. På den ene siden vil en slik snever tolkning gi den enkelte soldat på bakken en reell mulighet til å vurdere om det dreier seg om en fiendtlig handling i den enkelte situasjon, reagere riktig i situasjonen og samtidig beskytte andre sivile på stedet som ikke deltar i fiendtligheter. På den andre siden benytter regelen i 51 (3)

⁴⁸ Se art 44 (3) TP I.

⁴⁹ I denne sammenheng inkluderer jeg i begrepet *parter* også opprørsgrupper som ikke tilfredsstiller partskriteriene i folkerettslig forstand jf. særlig fellesartikkel 3, men også art 43 (I) TP I og art 1 (1) TP II.

⁵⁰ Se Sandoz, Zimmermann, Eberlin, Gasser, & Wenger, 1987 avsn. 1936 der militære operasjoner defineres som “all the movements and activities carried out by armed forces related to hostilities.”

⁵¹ Angrep i denne forstand betyr “...voldshandlinger rettet mot motstanderen, enten offensivt eller defensivt.” etter art 49 (1) TP I.

⁵² Se Sandoz, Zimmermann, Eberlin, Gasser, & Wenger, 1987 avsn. 1942.

⁵³ Gjengitt i Doswald-Beck & Henckaerts, 2005 s. 22.

⁵⁴ Se The policy of targeted killings - Judgement, 2005 avsn. 33.

⁵⁵ Se art 49 (1) TP I.

TP I nettopp begrepet *fiendtligheter*, og ikke snevrere og underliggende begreper som *angrep* og *militære operasjoner*, selv om artikkel 51 TP I har overskriften beskyttelse av sivilbefolkningen. Det ser derfor ut til å være i tråd med både ordlyden og konteksten i TP I å tolke fiendebegrepet videre enn definisjonen på *angrep*. For eksempel, dersom en sivil person rydder et av motstanderens minefelt for å hindre motstanderen å utnytte minefeltets fordeler er handlingen i seg selv ikke en faktisk *voldshandling*, men det å frata en motstander beskyttelsen av et minefelt må kunne kalles en handling som har til hensikt å skade fiendens personell og materiell.

I praksis vil det være utopisk å tro at en militær avdeling i en forsvarsstilling ikke åpner ild mot personer som rydder minefeltet i front av stillingene deres, uavhengig av om sivile eller stridende motstandere foretar ryddingen. Eksempelen illustrerer det problem at en snever av tolkning av direkte deltagelse i fiendtligheter ikke favner tilstrekkelige deler av fiendtlige aktiviteter til at en motstander på effektivt vis skal kunne beskytte seg, og denne motstanderen er som regel regulære stridende med rett til å delta i fiendtligheter. Sivile som deltar i fiendtligheter begrenser seg ikke til å utføre tilfeldige voldshandlinger. De vil også gjennomføre angrepsoperasjoner som krever tilstøtende handlinger som planlegging, fremføring til angrepet, tilbaketrekking fra angrepet, støtteaktiviteter som transport forsyninger og ikke minst etterretninger. Disse elementene tilsvarer grunnelementene i en *militær operasjon* og skal en motstander kunne beskytte seg mot angrep fra sivile, er det svært begrensende dersom sivile defineres som et lovlig mål under angrepsfasen og ikke under de andre deler av operasjonen.

Kommentaren til TP I synes å gi rom for en tolkning av *fiendtligheter* utover *voldshandlinger* (*angrep*) når den hevder: "It seems that the word "hostilities" covers not only the time that the civilian actually makes use of a weapon, but also, for example, the time that he is carrying it, as well as situations in which he undertakes hostile acts without using a weapon."⁵⁶ Israels høyesterett tolker dette utsagnet relativt vidt når retten legger til grunn at en sivil deltar i fiendtligheter når han bruker våpen i en væpnet konflikt, når han innhenter etterretninger, eller når han forbereder seg på fiendtligheter, og at det er mulig å delta i fiendtligheter uten å bruke våpen.⁵⁷ Dette ser ut til å være overens med definisjonen av *militære operasjoner* etter kommentaren til tilleggsprotokollene som er: "all the movements and activities carried out by armed forces related to hostilities."⁵⁸ Dette er i tråd med synet til rettsekspertene som under det tredje ekspertmøtet om DDF fant at "generally speaking, the notion of "hostilities" corresponded

⁵⁶ Se Sandoz, Zimmermann, Eberlin, Gasser, & Wenger, 1987 avsn. 1943.

⁵⁷ Se The policy of targeted killings - Judgement, 2005 avsn. 33.

⁵⁸ Se Sandoz, Zimmermann, Eberlin, Gasser, & Wenger, 1987 avsn. 1936.

to the sum of all "military operations" occurring in a situation of armed conflict."⁵⁹ Det synes naturlig at begrepet armed forces (våpnede styrker) her også rommer sivile som deltar direkte i fiendtligheter. Men hvor vid skal en definisjon av fiendtligheter være? I henhold til kommentaren til TP I tolkes begrepet for vidt dersom *generell krigsinnsats* inkluderes i fiendtligheter.

"There should be a clear distinction between direct participation in hostilities and participation in the war effort. The latter is often required from the population as a whole to various degrees. Without such a distinction the efforts made to reaffirm and develop international humanitarian law could become meaningless. In fact, in modern conflicts, many activities of the nation contribute to the conduct of hostilities, directly or indirectly; even the morale of the population plays a role in this context."⁶⁰

Etter denne tolkningen bidrar en fabrikkarbeider på en ammunisjonsfabrikk til nasjonens krigsinnsats, men handlingen kan imidlertid vurderes til ikke å være fiendtlig.

En vid definisjon av *fiendtligheter* betyr ikke nødvendigvis det samme som redusert beskyttelse for sivile. Konseptet skal også styrke distinksjonsprinsippet som et preventivt virkemiddel for å holde sivilister unna kamphandlinger ved å etablere en visshet om at DDF vil frata den sivile deltager beskyttelse mot angrep, og at han dermed setter seg i en livsfarlig situasjon.⁶¹

Vi har sett at *fiendtligheter* er et videre begrep enn *militære operasjoner* og at *angrep* er et begrep innenfor rammen av militære operasjoner. Derfor synes *fiendtligheter* å kunne utgjøre følgende: *handlinger som ved sin natur og hensikt er tilsiktet å påføre vesentlig skade på fiendtlig personell og materiell, samt alle bevegelser og aktiviteter som utføres av fiendtlig personell i forbindelse med disse handlingene.*

3.3 DIREKTE DELTAGELSE

Sivile mister den beskyttelse mot militære angrep som de tilkommer etter internasjonal humanitærrett, dersom de "take a direct part" i fiendtligheter" etter art 51 (3) TP I og art 13 (3) TP II. Bestemmelsen skiller mellom *direkte deltagelse*, som innebærer tap av beskyttelse for sivile og *indirekte deltagelse* (eller medvirkning) der sivile beholder sin beskyttelse. Fellesartikkel 3 til Genèvekonvensjonene benytter den lignende formuleringen "[persons]taking no active part" i fiendtligheter. International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) finner at de

⁵⁹ The International Committee of the Red Cross and the TMC Asser Institute, 2005, s. 21.

⁶⁰ Se Sandoz, Zimmermann, Eberlin, Gasser, & Wenger, 1987 avsn. 1945. Se også Dahl, 2003 side 97.

⁶¹ Se The International Committee of the Red Cross and the TMC Asser Institute, 2005, s. 17 – 20.

to formuleringene *direct part* og *active part* betyr det samme.⁶² Israels høyesterett sier seg enig i dette.⁶³ The Preparatory Committee for the Establishment of an International Criminal Court fant på den annen side at formuleringene har ulike betydning. Komiteen sa at begrepene “have been adopted in order to cover both *direct* participation in combat and also *active* participation in military activities linked to combat.”[min utheving]⁶⁴ Poenget ser her ut til å være å skille mellom graden av direkte deltagelse gjennom bruk av begge formuleringer. Her vil jeg av hensyn til enkelthet kun benytte begrepet direkte (*direct*) deltagelse i fiendtligheter. Hva betyr direkte deltagelse i fiendtligheter? Det ser ikke ut til å eksistere en omforent definisjon av *direkte* i denne sammenheng verken i konvensjoner, staters praksis eller rettslitteratur.⁶⁵ Et utgangspunkt som beskriver spennet mellom *direkte* og *indirekte* deltagelse er kommentaren til tilleggsprotokollene som sier følgende:

“Undoubtedly there is room here for some margin of judgment: to restrict this concept [direct participation in hostilities] to combat and to active military operations would be too narrow, while extending it to the entire war effort would be too broad, as in modern warfare the whole population participates in the war effort to some extent, albeit indirectly.”⁶⁶

Det ene ytterpunktet (direkte deltagelse) er TK-dommens syn om at sivile deltar direkte i fiendtligheter når de bærer et våpen (åpent eller skjult) på vei til det stedet han vil bruke våpenet mot fienden, på stedet og på vei tilbake fra stedet.⁶⁷ Dette står i motsetning til Professor Cassese som legger en snevrere tolkning av *direkte* til grunn når han skriver:

“International humanitarian law, as confirmed by military manuals, lead to the conclusion that civilians may not be attacked while planning or preparing an attack or after committing it.”⁶⁸

Casseses syn synes å bygge på en oppfatning av at direkte deltagelse i *fiendtligheter* kun tilsvarende direkte deltagelse i *angrep*. Som vist ovenfor, så favner *fiendtligheter* mer enn voldshandlinger rettet mot motstanderen, og TK-dommens syn synes å være en tolkning som tar utgangspunkt i *fiendtligheter*.⁶⁹

⁶² Se The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, ICTR-96-4-T (International Criminal Tribunal for the Rwanda September 2, 1998) avsn. 629.

⁶³ Se The policy of targeted killings - Judgement, 2005 avsn. 34.

⁶⁴ Se sekundærreferanse The international Committee of the Red Cross, 2003 pkt. I.

⁶⁵ Se The international Committee of the Red Cross, 2003; The ICRC and the TMC Asser Institute, 2004; Doswald-Beck & Henckaerts, 2005 ss. 22 – 23.

⁶⁶ Se Sandoz, Zimmermann, Eberlin, Gasser, & Wenger, 1987 avsn. 1679.

⁶⁷ Se The policy of targeted killings - Judgement, 2005 avsn. 34.

⁶⁸ Se Cassese, 2005 s. 421.

⁶⁹ Se punkt 3.2.

Den tredje rapporten fra den interamerikanske kommisjonen om menneskerettigheter (IACHR) definerer det andre ytterpunktet (indirekte deltagelse):

”Civilians whose activities merely support the adverse party's war or military effort or otherwise only indirectly participate in hostilities cannot on these grounds alone be considered combatants. This is because indirect participation, such as selling goods to one or more of the armed parties, expressing sympathy for the cause of one of the parties or, even more clearly, failing to act to prevent an incursion by one of the armed parties, does not involve acts of violence which pose an immediate threat of actual harm to the adverse party.”⁷⁰

Det vesentlige elementet som IACHR her bringer inn synes å være at støtteaktiviteter som å selge forsyninger og medisiner til en av partene ikke utgjør en *umiddelbar trussel* om *faktisk skade* på den andre parten. Slike handlinger, selv om de kan vurderes som fiendtlige, vil ikke være direkte nok til å utgjøre *direkte deltagelse i fiendtligheter*. Den samme logikken kan benyttes på eksempelet om arbeideren på ammunisjonsfabrikken ovenfor. Dersom det å delta i produksjon av ammunisjon vurderes til å være en fiendtlig handling, så vil ikke handlingen være direkte nok til at ammunisjonsarbeideren deltar direkte i fiendtligheter. Men hva sier loven om spennet mellom disse motsetninger? Da det mangler en rettslig definisjon som definerer grensetilfeller må vi basere oss på tolkninger, og da i utgangspunktet en snever og en vid tolkning av *direkte*. Professor Cassese gir uttrykk for en snever tolkning når han mener: “The rationale behind the prohibition against targeting a civilian who does not take a direct part in hostilities, despite his possible (previous or future) involvement in fighting is linked to *the need to avoid killing innocent civilians*”.⁷¹

Tolkningen er motivert av behovet for å beskytte uskyldige sivile, men som tidligere nevnt er regelen om at sivile mister sin beskyttelse ved direkte deltagelse i fiendtligheter også ment å beskytte sivile ved å sørge for at sivile avstår fra fiendtligheter i frykt for å bli angrepet.⁷²

Professor Schmitt skriver:

“Gray areas should be interpreted liberally, i.e., in favor of finding direct participation. One of the seminal purposes of the law is to make possible a clear distinction between civilians and combatants. Suggesting that civilians retain their immunity even when they are intricately involved in a conflict is to engender disrespect for the law by combatants endangered by their activities. Moreover, a liberal approach creates an incentive for civilians to remain as distant from the conflict as possible – in doing so they can better avoid being charged with participation in the conflict and are less liable to being directly

⁷⁰ Se INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, 1999 avsn. 53.

⁷¹ Se Cassese, 2005 s. 421.

⁷² Se punkt 3.2.

targeted. Although it might seem counter-intuitive to broadly interpret the activities that subject civilians to attack, in fact, doing so is likely to enhance the protection of the civilian population as a whole.”⁷³

Disse vurderingene, fra henholdsvis Cassese og Schmitt, er argumenter i motsatte retninger for en henholdsvis snever og en vid tolkning av *direkte*, men hensikten er den samme, nemlig best mulig beskyttelse for sivile som ikke deltar i fiendtligheter. Det synes uansett å være et logisk premiss at det må eksistere en årsakssammenheng mellom handlingen og den påfølgende skade på motstanderen for at deltagelsen i fiendtligheter skal kunne kalles *direkte*. Hvordan skal denne årsakssammenheng defineres? Kommentaren til tilleggsprotokollene sier:

"Direct participation in hostilities implies a direct causal relationship between the activity engaged in and the harm done to the enemy at the time and the place where the activity takes place.”⁷⁴

Dette indikerer for det første en type *but for* årsakssammenheng (hadde det ikke vært for handlingen, så hadde ikke konsekvensen inntruffet), og for det andre en kausal nærhet til en forutsigbar konsekvens.⁷⁵ Dette synes å innebære en uavbrutt kausal sammenheng mellom den aktuelle sivile persons handling og den forvoldte skade.

I et tenkt tilfelle vil en ammunisjonssjåfør delta *indirekte* dersom han transporterer ammunisjon fra fabrikken til ammunisjonslageret. Dersom sjåføren derimot kjører ammunisjonen frem til ildstillinger i fremste linje kan det påstås at han deltar *direkte*.⁷⁶ Dette er imidlertid ikke like enkelt dersom man i tillegg vektlegger antall tilleggshandlinger fra andre personer i handlingskjeden fra sjåføren lastet opp ammunisjonen, via hans leveranse til fremste linje, til ammunisjonen avfyres mot fienden og faktisk påfører skade. Hvordan kan man da vise at skaden ammunisjonen gjorde på motstanderen skjedde som en *direkte* konsekvens av at ammunisjonssjåføren transporterte den til fronten?⁷⁷

I moderne kriger kontrolleres høyteknologiske våpensystemer av datamaskiner som betjenes og repareres av sivile, eller som er programmert av sivile dataspesialister. Dersom et angrep gjennomføres med raketter fra en Unmanned Aviation Vehicle (UAV), så kan denne plattformen

⁷³ Se Schmitt, M. N. (2004). "Direct Participation in Hostilities" and 21st Century Armed Conflict. I H. Fisher, U. Froissart, W. Heintschel von Heinegg, & R. Christian (Red.), *Crisis Management and Humanitarian Protection: In Honor of Dieter Fleck* (ss. 505-529). Berlin: Berliner Wissenschafts – Forlag, s. 509.

⁷⁴ Se Sandoz, Zimmermann, Eberlin, Gasser, & Wenger, 1987 avsn. 1987.

⁷⁵ Se Schmitt, 2004 s. 508.

⁷⁶ Se The International Committee of the Red Cross and the TMC Asser Institute, 2005 ss. 32 – 33.

⁷⁷ Dette tilsvarer den strafferettslige diskusjon om nødvendige og tilstrekkelige betingelser for å konstatere en straffbar handling. Jeg tar ikke denne diskusjonen videre her.

kontrolleres av en *sivil* tekniker i en sivil bygning mange hundre kilometer borte fra kamphandlingens geografiske plassering. I tillegg til at UAV plattformen fjernstyres, vil det være en stridende (eller sivil person) på bakken som belyser målet (ildledning)⁷⁸, mens et luftromskontrollfly bemannet med sivile teknikere og stridende spesialister sirkler høyt over området og dirigerer andre flygende plattformer mot målet.⁷⁹ Dette eksempelet viser at i moderne krigføring så kan ikke kravet om en kausal sammenheng være geografisk betinget. Stedet for den direkte handlingen kan være et helt annet geografisk sted enn stedet for den skadelige effekten på motstanderen som følger av handlingen.

Det er vanskelig i en slik serie av handlinger som leder til et angrep som involverer sivile og stridende på ulike geografiske plasseringer, der personer som er lenger unna geografisk kan være nærmere i handlingskjeden, å definere et vendepunkt i kausalkjeden der personer på den ene siden deltar *direkte* og personer på den andre siden deltar *indirekte*. Problemet er at et slikt skille vil være situasjonsavhengig. Siden det å fastslå om en handling er DDF avhenger av situasjon, teknologi eller type våpen involvert, virker det vanskelig å finne en konkret definisjon av direkte deltagelse som er gjeldende for flere situasjoner og tilfeller. TK-dommen konkluderer med: “In that state of affairs, and without a comprehensive and agreed upon customary standard, there is no escaping going case by case, while narrowing the area of disagreement”.⁸⁰ The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) viste en tilsvarende praksis i Tadic saken:

“It is unnecessary to define exactly the line dividing those taking an active part in hostilities and those who are not so involved. It is sufficient to examine the relevant facts of each victim and to ascertain whether, in each individual’s circumstances, that person was actively involved in hostilities at the relevant time.”⁸¹

I praksis er nok denne tilnærmingen fruktbar i en rettsal, men den er imidlertid til liten hjelp for soldaten på bakken som skal ta avgjørelser om målvalg i løpet av sekunder. Også for soldaten kan den kausale sammenhengen kun vurderes nøyaktig i ettertid og ikke på forhånd, men avgjørelsen om målvalg må tas på forhånd. Det kan ikke kreves at målvalg av sivile som deltar direkte i fiendtligheter skal gjøres etter at den fiendtlige handlingen er utført – etter at soldaten er angrepet. Derfor må en vurdering av en konkret persons handling gjøres på forhånd på grunnlag av en objektiv vurdering av personens intensjon med den påfølgende handling. En slik objektiv

⁷⁸ Ildledning eller ildledelse er indirekte styring av et våpensystem mot et mål gjennom overføring av måldata.

⁷⁹ Se The International Committee of the Red Cross and the TMC Asser Institute, 2005 ss. 34 – 35.

⁸⁰ Se The policy of targeted killings - Judgement, 2005 avsn. 34.

⁸¹ Se Prosecutor v. Dusko Tadic, IT-94-I-T, Opinion and Judgement (The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) Mai 7, 1997), avsn. 616.

vurdering kan i mangel av en praktisk anvendbar definisjon støttes av en liste med handlinger som beskriver tilfeller av direkte og indirekte deltagelse i fiendtligheter, selv om en slik liste vanskelig kan være uttømmende. UAV eksempelet belyser i tillegg problematikken med hvorvidt planlegging, ledelse og gjennomføring av operasjonen er *direkte* deltagelse. Det er ikke enkelt å skille mellom nivå i organisasjonen og funksjon i organisasjonen i forhold til hvor direkte den enkelte er involvert i den endelige leveringen av raketten i målet. TK-dommen viser her en vid tilnærming til denne problematikken for hva den anser som *direkte* deltagelse:

... the "direct" character of the part taken should not be narrowed merely to the person committing the physical act of attack. Those who have sent him, as well, take "a direct part". The same goes for the person who decided upon the act, and the person who planned it. It is not to be said about them that they are taking an indirect part in the hostilities. Their contribution is direct (and active)."⁸²

TK-dommen lister i tillegg opp følgende kategorier som direkte deltagelse i fiendtligheter. Personer som innhenter etterretninger om de væpnede styrker, personer som transporterer ulovlig stridende (*unlawful combatants*⁸³) til og fra stedet for fiendtligheter, personer som opererer, vedlikeholder eller kontrollerer våpen som ulovlig stridende benytter, sivile som kjører ammunisjon til det stedet der den skal benyttes til fiendtligheter, og sivile som er frivillige menneskelig skjold for terrorister.⁸⁴ Disse kategoriene synes å tilsvare det den tyske militærmanualen beskriver som direkte deltagelse. Den tyske militærmanualen lister i tillegg opp følgende: "The transmission of information concerning targets directly intended for the use of a weapon is also considered as taking part in hostilities. Furthermore, the logistics of military operations are among the activities prohibited to civilians."⁸⁵

San Remo manualen sier dette om hva som skal regnes som direkte deltagelse i fiendtligheter:

"Examples of active (direct) participation in hostilities include such activities as attacking the enemy, his materiel or facilities; sabotaging enemy installations; acting as members of a gun crew or artillery spotters; delivering ammunition; or gathering military intelligence in the area of hostilities."⁸⁶

I det første ekspertmøtet om direkte deltagelse i fiendtligheter var det en generell enighet om at de følgende kategorier utgjør direkte deltagelse i fiendtligheter:

⁸² Se The policy of targeted killings - Judgement, 2005 avsn. 37.

⁸³ Selv om TK-dommen ikke finner at denne kategorien ikke eksisterer i rettslig forstand så benyttes den likevel flere steder i dommen, trolig av språklige hensyn.

⁸⁴ Se Fenrik, 2007 s. 336.

⁸⁵ Se Fleck, D. (Red.). (1995). *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*. New York: Oxford University Press, s. 232.

⁸⁶ Se Dinstein, Garraway, & Schmitt, 2006 s. 4.

”...civilians attacking or trying to capture members of the enemy's armed forces or their weapons, equipment or positions, or laying mines or sabotaging lines of military communication should be considered to be directly participating in hostilities. Along the same lines, no opposition was expressed to the view that intelligence gathering for military purposes would, under certain circumstances, also constitute direct participation in hostilities.”⁸⁷

Det synes å være en alminnelig enighet om at en sivil person som gjennom angrep mot en motstander forårsaker skade på en motstander deltar *direkte* i fiendtligheter. Det finnes ingen rettslig definisjon av direkte deltagelse og det synes vanskelig å komme frem til en. Opplistingen av kategorier i dette avsnittet som kan utgjøre direkte deltagelse i fiendtligheter er det ingen alminnelig enighet om. Ekspertmøtene om DDF hadde innledningsvis en ambisjon om å løse dette problemet men endret syn underveis:

”It was recalled that, at the beginning of the Expert Meeting process, the organizers had envisaged an abstract definition of the notion of "direct participation in hostilities", perhaps illustrated by a list of examples of conduct that would or would not constitute direct participation in hostilities. However, the discussions during the subsequent meetings gave rise to serious doubts as to whether an abstract definition, with or without a list of examples, could actually cover the vast variety of conceivable situations and whether it could sufficiently reflect the complexity of the legal issues at stake.”⁸⁸

En opplisting av aktiviteter som kan utgjøre DDF synes likevel å ha en rettledende verdi for stridende som skal foreta målvalg, være seg i stab eller i situasjonen på bakken.

Vi har sett at avgjørelsen om hvilke handlinger som er *direkte* må tas i det enkelte tilfelle, og at dette er problematisk for soldaten på bakken. Vi har videre sett eksempler på kategorier som kan utgjøre *direkte* deltagelse i fiendtligheter, og kategorier som er *indirekte* deltagelse. Som sagt må hvert enkelt tilfelle av direkte deltagelse i fiendtligheter vurderes for seg. Det vil derfor være nyttig å foreta en nærmere undersøkelse av utvalgte kategorier som kan være direkte deltagelse i fiendtligheter.

⁸⁷ Se The international Committee of the Red Cross, 2003, under avsnittet: Overview of the Applicable Law.

⁸⁸ Se The International Committee of the Red Cross and the TMC Asser Institute, 2005 s. 5.

3.4 AKTIVITETER SOM KAN VÆRE DIREKTE DELTAGELSE I FIENDTLIGHETER

3.4.1 PLANLEGGING OG LEDELSE

Som vist ovenfor legger TK-dommen til grunn at planlegging og ledelse av fiendtligheter skal regnes som DDF.⁸⁹ Det synes likevel fornuftig å definere ulike nivåer av planlegging.⁹⁰ For det første må det skilles generelt mellom abstrakt og usystematisk planlegging, som ikke kan regnes som en del av DDF, og konkret og detaljert planlegging som bør regnes som DDF. Skillet her er basert på planleggingens hensiktsmessighet og hvor nær planleggingen er den påfølgende effekten av en fiendtlig handling, med andre ord hvor direkte planleggingen er. Klassisk militær planlegging skiller her mellom planlegging på *strategisk*, *operasjonelt* og *taktisk* nivå.

Den *strategiske* planleggingen vil på nasjonalt nivå kunne inkludere utviklingen av en nasjonal sikkerhetsstrategi, militære strategier for å møte en trussel samt allokering av ressurser til krigsinnsatsen. Planleggingen utføres på dette nivået av en blanding sivile og militære personer etter prinsippene for demokratisk styring og kontroll. En beslutning om å delta i, eller sette sammen en koalisjon av frivillige stater som basis for utsendingen av et styrkebidrag er en strategisk plan. Deltagelse fra sivile i strategisk planlegging synes å kunne utgjøre både *direkte* og *indirekte* deltagelse i fiendtligheter avhengig av funksjon i planleggingsprosessen. Militære som deltar i strategisk planlegging er stridende og vil følgelig være lovlige mål.

Operasjonell planlegging, eller planlegging på det operasjonelle nivå, produserer operasjonsplaner og ordre som legger grunnlag for hvordan spesifikke kampanjer eller operasjoner skal utføres. Operasjonell planlegging synes å være en *fiendtlig* handling, fordi den består av konkrete planer rettet mot en motstander i en konkret situasjon. Den vil være *direkte deltagelse* i den grad planleggingen faktisk påvirker utførelsen av fiendtligheter. Her skiller Schmitt mellom planer for styrkedisponering og logistikk:

“...operational level planning [amounts to direct participation] regarding employment of forces, although operational level logistics planning is generally remote enough from the hostilities to avoid characterization as direct participation.”⁹¹

Den *taktiske* planleggingen omhandler de enkelte slag eller angrep i rammen av operasjonen. Når sivile deltar i taktisk planlegging av fiendtligheter mot en motstander, er dette å regne som

⁸⁹ Se punkt 3.3.

⁹⁰ Se Schmitt, 2004 s. 542; The ICRC and the TMC Asser Institute, 2004 s. 3

⁹¹ Se Schmitt, 2004 s. 543.

direkte deltagelse når den enkelte fiendtlige handling ikke kan oppstå uten planleggingen.⁹² Med andre ord er det den årsaksmessige nærhet denne type planlegging har til utførelsen av fiendtligheter som gjør den til direkte deltagelse i fiendtligheter.

Et tilstøtende forhold er sivile ledere som tar del i den militære beslutningsprosessen. Dersom sivile har direkte kommando over militære styrker tilhørende en part i konflikten er de selv å regne som *stridende* og dermed lovlige mål etter art 43 TP I. Dersom de ikke kvalifiserer som *stridende* kan den samme tankegangen som for *planlegging* legges til grunn for å avklare om deres ledelse utgjør direkte deltagelse i fiendtligheter. Et utgangspunkt er at politikere og religiøse og andre ledere kan begå DDF dersom de er direkte involvert i militære operasjoner enten ved *direkte* handlinger eller ved et spesifikt ansvar for utøvelse eller ledelse av operasjoner. Et eksempel på ledelse som vil utgjøre DDF er når politikere har det direkte ansvaret for godkjenning og utløsning av mål.⁹³ Ledere som ikke har en slik *direkte* innvirkning på militære aktiviteter ansees i utgangspunktet ikke å begå DDF. Det problematiske i dette er å skape et skille mellom politikere og andre sivile ledere samt interne forskjeller mellom politikere. Dersom en slik forskjell skal praktiseres mellom sivile ledere må det helt klare kriterier til for å unngå utydelige skiller mellom for eksempel politikere som begår DDF og dermed mister sin immunitet mot angrep, og andre politikere som skal beskyttes. Dersom et funksjonskriterium legges til grunn, vil for eksempel en statsleder med overordnet ansvar for krigføringen være *direkte* deltagende, mens andre ministre kan regnes som *indirekte* deltagende i fiendtligheter. Det andre ekspertmøtet om direkte deltagelse i fiendtligheter uttrykte dette slik:

”The function of a Prime minister, President (as Commander in Chief) or Minister of Defence, for instance, could be considered as directly related to the conduct of hostilities. The minister of Agriculture, on the other hand, could at most be regarded as sustaining the war effort, but not as being engaged in DPH [Direct participation in hostilities].⁹⁴

Dahl ser ikke ut til å finne dekning i TP I for at sivilt nøkkelpersonell som politisk og administrativ ledelse kan angripes direkte, med følgende unntak:

”Direkte angrep på vedkommende sivile ville i praksis antakelig kun være aktuelt i tilfelle strid mann mot mann i et baseområde eller rundt regjeringskvartalet/forsvarsdepartementet (jf. rikskanselliet i Berlin hvor Hitler oppholdt seg til slutten i 1945), eller ved bruk av spesialstyrker med likvidasjon som oppdrag.”⁹⁵

⁹² Se The ICRC and the TMC Asser Institute, 2004 s. 3.

⁹³ Ibid s. 8.

⁹⁴ Se The ICRC and the TMC Asser Institute, 2004 s. 8.

⁹⁵ Se Dahl, 2003 s. 98.

I Dahls første eksempel synes det klart at politikeren kan angripes fordi han deltar direkte i *strid mann mot mann*, og ikke fordi han er en politiker. I det andre eksempelet med *likvidasjon* kan det se ut som valg av *middel* (spesialstyrker) for angrepet kvalifiserer målet (en politisk leder) for angrep. Dette er problematisk. Dersom en politiker skal angripes, må han først defineres som et lovlig mål for militærmakt uavhengig av om det er spesialstyrker, konvensjonelle soldater, eller jagerfly som forestår selve angrepet.

Vi har sett at sivile som deltar i planlegging og ledelse av operasjoner, under visse forutsetninger, er direkte deltagende i fiendtligheter.

3.4.2 SIVILE SOM MENNESKELIGE SKJOLD

Bruk av sivile som menneskelige skjold er en problemstilling som er aktualisert i de senere års konflikter i blant andre Somalia, Irak og i det tidligere Jugoslavia. Det dreier seg i hovedsak om to konsepter. Ufrivillige skjold (gisler) eller frivillige menneskelige skjold.⁹⁶ Dette er handlinger som kan utgjøre direkte deltagelse i fiendtligheter. På den ene siden synes det klart at dersom sivile kidnappes og brukes som menneskelige skjold mot sin vilje av en av partene i konflikten, må de kunne anses å delta *indirekte* i fiendtligheter. I en slik situasjon kan sivile følgelig ikke angripes direkte, men de vil risikere følgeskader dersom et angrep likevel gjennomføres mot det objektet de er satt til å beskytte på lik linje med andre sivile.⁹⁷

For *frivillige* menneskelige skjold stiller det seg annerledes. TK-dommen legger til grunn at sivile som er frivillige menneskelige skjold for terrorister deltar direkte i fiendtligheter.⁹⁸ Hvis det er slik, må det være fordi at handlingen innebærer en aktivt eller *direkte fiendtlig handling* fra den sivile. Når sivile velger å oppsøke et militært objekt for å beskytte det med sin tilstedeværelse er dette en aktiv handling som tilsvarer en *forsvarshandling*. Etter artikkel 49 (1) TP I er ”angrep [...] voldshandlinger rettet mot motstanderen, enten offensivt eller defensivt.” Frivillige menneskelige skjold er neppe en voldshandling, men som tidligere vist er det grunnlag for å si at fiendtligheter kan defineres utover voldshandlinger med våpen i hånd.⁹⁹ Når en sivilist beskytter et militært objekt med sin tilstedeværelse kan dette defineres som en direkte fiendtlig

⁹⁶ Schoenekase, D. P. (2004). Targeting Decisions Regarding Human Shields. *MILITARY REVIEW*, s. 27.

⁹⁷ Se The ICRC and the TMC Asser Institute, 2004 s. 6.

⁹⁸ Se punkt 3.3. Jeg skal ikke diskutere hvorvidt terrorister som kategori utgjør lovlige mål eller hvorvidt objekter som benyttes til terrorformål er lovlige mål på linje med militære mål etter art. 52 (2) TP I. Poenget her er at frivillige skjold regnes som en direkte fiendtlig handling etter TK-dommen.

⁹⁹ Se punkt 3.3.

forsvarshandling uten bruk av vold, med andre ord direkte deltagelse i fiendtligheter. Bruk av menneskelige skjold er i strid med følgende regel i artikkel 51(7) TP I:

”Tilstedeværelse eller forflytning av sivilbefolkningen eller sivile enkeltpersoner skal ikke utnyttes til å oppnå at visse steder eller områder ikke kan være gjenstand for militære operasjoner, *og spesielt ikke til forsøk på å skjerme militære mål mot angrep* [min utheving] eller på å skjerme, fremme eller hindre militære operasjoner...”¹⁰⁰

Når en part i konflikten utplasserer sivile gisler som menneskelige skjold rundt et militært objekt så bryter parten denne bestemmelsen. De sivile har i dette tilfelle fortsatt rett til beskyttelse og kan ikke angripes direkte. Beskyttelsen til sivile i den sammenheng presiseres i art 51 (8) TP I:

”Eventuell overtredelse av disse forbud skal ikke frita partene i konflikten for deres rettslige forpliktelser med hensyn til sivilbefolkningen og sivilpersoner, herunder forpliktelsen til å treffe de forholdsregler som er fastsatt i artikkel 57.”

De sivile vil likevel risikere følgeskade dersom målet angripes, og dette må den militære sjef som planlegger angrepet ta hensyn til i vurderingen av den militære nødvendigheten for gjennomføringen av angrepet.¹⁰¹ *Militær nødvendighet* er et grunnleggende prinsipp i folkeretten og tillater ”a state engaged in an armed conflict to use only that degree and kind of force [...] that is required in order to achieve the legitimate purpose of the conflict [...] with the minimum expenditure of life and resources.”¹⁰² Sivile som frivillig forflytter seg til et militært mål for å skjerme det mot angrep vil også bryte bestemmelsen i 51 (7) TP I. Dersom det her legges til grunn at frivillige menneskelige skjold er DDF og dermed lovlige mål, vil objektet kunne angripes uten hensyn til følgetap av menneskelige skjold. Dersom det derimot legges til grunn at de frivillige sivile skjoldene er *indirekte* fiendtlige vil de måtte behandles som beskyttede personer, og følgetapsproblematikken gjenoppstår. Her vil imidlertid graden av militær nødvendighet måtte tolkes radikalt i forhold til å akseptere sivile følgetap siden de sivile frivillig aksepterer risikoen mot eget liv. Det vil følgelig kunne ansees som militært nødvendig å angripe selv om følgetapene blant sivile skjold vil være store. Her skiller frivillige menneskelige skjold seg, uansett kategorisering som *direkte* eller *indirekte* deltagende i fiendtligheter, fra de ansatte på våpenfabrikker som på grunn av sitt arbeide tvinges til å utsette seg for en høy risiko for følgetap under angrep.

¹⁰⁰ Se art 51 (7) TP I

¹⁰¹ Se art. 57 (2) (a) (iii); 57 (2) (b) TP I. Begrepet militær nødvendighet er et grunnleggende prinsipp i folkeretten.

¹⁰² Se UK Ministry of Defence. (2004). *THE MANUAL OF THE LAW OF ARMED CONFLICT*. New York: Oxford University Press, avsn. 2.2.

Vi har sett at frivillige menneskelige skjold vil kvalifisere til DDF dersom en vid tolkning av fiendtligheter legges til grunn. Menneskelige skjold vil uansett risikere følgeskader ved angrep mot objektet de beskytter enten de er der under tvang eller av fri vilje.

3.4.3 ETTERRETNINGSAKTIVITETER

At etterretningsaktiviteter i prinsippet kan regnes som *direkte deltagelse i fiendtligheter* synes klart, men det er like klart at det må vurderes i det enkelte tilfelle hvorvidt etterretningsaktiviteten er en *direkte* fiendtlig handling. Etterretningsaktiviteten må således ha en direkte innvirkning på fiendtlighetene for å kunne regnes som DDF. Direkte innvirkning forstås her som at etterretningsaktiviteten har den effekt at den faktisk påvirker hvordan striden gjennomføres eller utfallet av striden.

Et eksempel kan her være en sivil kvinne som i kraft av sin beskyttede status kikker inn i en bygning hvor soldater tilhørende en part i konflikten har ildstillinger, og rapporterer deres posisjoner til den motstående parten.¹⁰³ En slik handling tilsvarer ildledning i militær forstand, og har helt klart en direkte påvirkning på kamphandlingene. Uten informasjonen fra kvinnen vil motstanderen ikke treffe med sin ildgivning. I denne situasjonen synes kvinnen å være et lovlig mål fordi kvinnens etterretningsaktivitet har direkte betydning for hvordan voldshandlingen utøves mot motstanderen. Videre kan eksempelet kalles for innhenting av taktiske etterretninger, og dette er *direkte deltagelse* etter samme prinsipp som for taktisk planlegging.¹⁰⁴

Innhenting av etterretninger til bruk på strategisk nivå kan være en *fiendtlig* handling, men ikke like direkte dersom det er snakk om etterretninger til støtte for strategisk planlegging for operasjoner frem i tid. På den annen side kan strategiske maktmidler utløses på bakgrunn av taktiske etterretninger til støtte for striden i en taktisk setting, og med ett synes også den strategiske etterretningen og innhenting av den å være en aktivitet som kan tilsvare *direkte deltagelse i fiendtligheter*.¹⁰⁵

Det kan i prinsippet også skilles mellom etterretningsinnhenting fra personer som har som intensjon å påvirke utførelsen av fiendtligheter, og personer som oppgir informasjon til en av partene uten å ha en slik intensjon. En informant som innhenter etterretninger og som tilhører en av partene eller handler på oppdrag av disse kan trolig regnes som direkte deltagende i

¹⁰³ Se The ICRC and the TMC Asser Institute, 2004 s. 5

¹⁰⁴ Se Schmitt, 2004 s. 509

¹⁰⁵ Se Schmitt, 2004 s. 544

fiendtligheter. En sivilist som ad hoc svarer på spørsmål om motstanderens grupperinger fra en forbipasserende militær enhet synes ikke å delta direkte i fiendtligheter.

Å avgjøre etterretningsaktivitetens betydning for ledelse av pågående strid på taktisk nivå, for kontinuitetsplanlegging av en pågående operasjon, eller for planleggingen av fremtidige operasjoner vil i praksis være svært vanskelig for soldaten på bakken. Soldaten vil ofte være i stand til å identifisere innhenting eller forsøk på innhenting av etterretninger, men hvordan kan han vurdere på stedet hva slags betydning etterretningene vil få for motstanderen, eller hvordan og på hvilket nivå den vil bli brukt? Det samme praktiske problemet gjelder for vurdering av en persons intensjon med innhenting eller rapportering av etterretninger i situasjonen, da intensjoner er og blir noe skjult og obskurt med mindre det vurderes i ettertid.¹⁰⁶

Et eksempel her kan være en fjernoppklaringspatrulje som løser oppdrag på dypet av fiendens linjer.¹⁰⁷ Under oppdragsløsningen kompromitteres (oppdages) patruljen av en gjetergutt i et område som kontrolleres av motstanderen. Det er i denne situasjonen umulig å vite om gjetergutten er der tilfeldig, eller om han har fått i oppdrag å undersøke området for fiendtlige soldater. Løser han et etterretningsoppdrag beskyttet av sin sivile status kan han regnes som DDF, både fordi handlingen kan regnes som fiendtlig og fordi hans etterretninger vil forårsake et angrep mot patruljen fra motstanderen. Er han der tilfeldig er det likevel umulig å forutsi om han vil varsle motstanderens styrker om lagets tilstedeværelse og posisjon. Dersom han varslers kan handlingen kanskje regnes som indirekte og tilfeldig, men resultatet for fjernoppklaringspatruljen er det samme.

Dette borger for forsiktighet når det skal vurderes om innhenting og rapportering av etterretninger skal regnes som DDF. Det må legges til grunn at tap av beskyttelse grunnet DDF er et unntak til den generelle regel om at sivile skal beskyttes mot angrep og følgelig må det utvises størst mulig grad av forsiktighet når det vurderes om en person som gjennom innhenting og rapportering av etterretninger er DDF eller ikke, og tvil skal komme den sivile til gode. Cassese sier det slik:

”Clearly, if a belligerent were allowed to fire at any enemy civilians simply suspected of somehow planning or conspiring to plan military attacks, or of having planned or directed

¹⁰⁶ Se The ICRC and the TMC Asser Institute, 2004 s. 5

¹⁰⁷ En fjernoppklaringspatrulje er en militær enhet som har som primæroppdrag å innhente etterretninger om motstanderen. Fjernoppklaringspatruljen opererer primært på fiendtlig territorium. Med *dypet av fiendens linjer* menes områder som kontrolleres av fienden, men som ikke er en del av den primære stridssonen.

hostile actions, the basic foundations of international humanitarian law would be seriously undermined.”¹⁰⁸

Selv om Cassese her ikke eksplisitt nevner etterretningsaktiviteter, så tilsvarer etterretningsaktiviteter fiendtlige handlinger som ikke utgjør direkte vold mot en motstander, som planlegging og ledelse. Uavhengig av om Cassese har en snever eller vid oppfatning av *fiendtligheter* så bør man ikke på bakgrunn av mistanke vurdere en sivil persons mulige etterretningsaktiviteter som DDF. Det er tross alt snakk om at den sivile for deltagelsens varighet fratas retten til liv.

Vi har sett at etterretningsaktiviteter kan utgjøre DDF forutsatt at etterretningene *direkte* påvirker utøvelse av fiendtligheter.

3.4.4 VOLDELIGE DEMONSTRASJONER OG OPPTØYER

Å avgjøre om deltagelse i voldelige demonstrasjoner og opptøyer skal regnes som DDF synes vanskelig. I utgangspunktet er håndteringen av voldelige demonstrasjoner og opptøyer en politioppgave og skal håndteres etter alminnelige metoder for rettshåndhevelse.¹⁰⁹ I væpnede konflikter, der konfliktnivået har oversteget det som kan håndteres med politimakt, er IHR gjeldende og lovlige mål kan angripes med militærmakt. Dersom militære styrker i en slik kontekst skal utføre politioppgaver så er selvfølgelig ikke angrep mot demonstrantene den eneste mulige fremgangsmåten. Militære styrker kan også anholde og arrestere personer på lik linje med politi. Retten til å angripe lovlige mål etter IHR innebærer imidlertid retten til å utøve ”voldshandlinger rettet mot motstanderen”, og voldshandlinger er her ikke unntatt handlinger som tar liv.¹¹⁰ Alminnelige metoder for rettshåndhevelse, eller politimakt har ingen tilsvarende fullmakt selv i væpnede konflikter, med mindre politistyrken regnes som en del av de væpnede styrker etter definisjonen i art 43 TP I. Her ligger det en avgjørende forskjell. På den ene siden skal politiet kontrollere voldelige demonstranter som lovbrøyttere med alminnelige metoder for rettshåndhevelse. På den annen side skal militærmakten bekjempe en voldelig motstander etter reguleringene i internasjonal humanitærrett.

Det synes vanskelig å kontrollere en voldelig folkemengde dersom sivile som oppretter vegsperringer, bruker skytevåpen, kastevåpen, improviserte brannstiftende midler og tilsvarende ikke skal kunne regnes som direkte deltagende i fiendtligheter. På den andre siden er det å åpne

¹⁰⁸ Se Cassese, 2005 s. 421.

¹⁰⁹ Se The ICRC and the TMC Asser Institute, 2004 s. 4.

¹¹⁰ Se art 49 (1) TP I.

ild mot voldelige demonstranter tilsvarende komplisert, selv der voldelige demonstranter kan defineres som lovlige mål. Slike angrep vil lett kunne resultere i følgetap blant fredelige demonstranter som ikke står i forhold til "...den forventede, konkrete og direkte militære fordel."¹¹¹ Dersom opptøyene foregår i en stridssone og/eller opptøyene regnes som en bevisst del av fiendtlighetene til en av partene, synes imidlertid dette å kunne kvalifisere selve opptøyene som fiendtligheter og deltagerne som DDF.¹¹² Denne geografiske tilknytningen til en stridssone, og forbindelsen til fiendtligheter i området tar likevel ikke høyde for en differensiering mellom demonstranter som utøver voldshandlinger, og demonstranter som i samme situasjon ikke er bevæpnet eller har en fredligere oppførsel.

Norske soldater i Kosovo sto overfor en slik utfordring i nærheten av landsbyen Caglavica i 2004. Soldatene befant seg i det svensk-kontrollerte området sør for Pristina der de sammen med svenske og finske soldater skulle hindre en menneskemobb med kosovoalbanere å trenge sørover mot en serbisk landsby.¹¹³ Soldatene ble regelrett angrepet av mengden som talte omlag 1000 mennesker. Menneskemengden gikk løs på soldatene med stokker, jernstenger, stein og molotovcocktails (brannbomber). Situasjonen var veldig spent. Da en kosovo-albaner forsøkte å kjøre ned den norske soldatlinjen med bil, ble han skutt og drept. Bakgrunnen for opptøyene var at serbiske innbyggere i Caglavica ble beskyldt for å ha jaget tre kosovo-albanske barn ut i en elv slik at de druknet.¹¹⁴

I dette eksempelet synes den voldelige demonstrasjonen å være forbundet til fiendtligheter, da demonstrasjonen i praksis var en menneskemengde som banet seg vei for å utøve vold mot en annen gruppe mennesker.¹¹⁵ Eksempelet viser også at soldatene skilte mellom demonstrantene og benyttet ikke dødelig makt med mindre det var helt nødvendig av militære hensyn (militært nødvendig), eller av selvforsvarshensyn. Evnen til å opprettholde distinksjonsprinsippet (å skille mellom de ulike demonstranter som fredelige sivile og sivile som deltar direkte i fiendtligheter), vil i praksis ha en sammenheng med den sikkerhetsmessige situasjonen. Artikkel 57 (2) (a) (i) stiller følgende krav til distinksjon:

¹¹¹ Se art 57 (2) (a) (iii) TP I.

¹¹² Se Se The ICRC and the TMC Asser Institute, 2004 s. 4.

¹¹³ Se Bjertnes, H., & Egeberg, K. (2004, mars 18). *Angrepet av 1000 demonstranter*. Hentet April 26, 2007 fra Dagbladet: <http://www.dagbladet.no/nyheter/2004/03/18/393746.html>.

¹¹⁴ Denne problemstillingen er parallell til spørsmålet om vold mellom sivile som DDF, som behandles i punkt 3.4.6.

¹¹⁵ Jeg tar ikke stilling til om Kosovo konflikten på dette tidspunktet var over terskelen til væpnet konflikt, men eksempelet er ment å illustrere en tilknytning til fiendtligheter i rammen av en væpnet konflikt, som diskutert i punkt 3.2. Jeg kommer tilbake til vold mellom sivile som direkte deltagelse i fiendtligheter.

”De som planlegger eller treffer beslutninger om angrep, skal: gjøre alt som er praktisk mulig for å forvise seg om at angrepsmålene verken er sivilpersoner eller sivile gjenstander [...] og at det ikke er forbudt i henhold til reglene i denne protokoll å angripe dem”.

På den ene siden, dersom området for voldelige demonstrasjoner og opptøyer som er sikkerhetsmessig ustabil men likevel under effektiv kontroll av styrker tilhørende en av partene, vil det måtte stilles strenge krav til hva som skal regnes som å *gjøre alt som er praktisk mulig* nettopp fordi området kan kontrolleres. På den andres siden, der situasjonen i området for opptøyene er sikkerhetsmessig ustabil, kombinert med at partene er i kontinuerlig strid over kontrollen på området, kan det stilles svakere krav til *praktisk mulig*.¹¹⁶ Disse to ytterpunktene synes å ramme de fleste situasjoner der koalisjonsstyrker intervensjoner i et område for å stabilisere en voldelig situasjon.

3.4.5 BEVÆPNING

Tilknytningen mellom det å *bære våpen, fiendtlig handling og direkte deltagelse i fiendtligheter* synes hentet fra følgende regel:

”...stridende [er] forpliktet til å skille seg ut fra sivilbefolkningen når de deltar i angrep eller i en militær operasjon til forberedelse av et angrep. Da det imidlertid forekommer situasjoner i væpnede konflikter hvor en væpnet stridende på grunn av fiendtlighetenes art ikke kan skille seg ut fra sivilbefolkningen, skal han beholde sin status som stridende, forutsatt at han i slike situasjoner bærer sine våpen åpent under enhver trefning, og under den tid han er synlig for motparten mens han deltar i en militær deployering forut for et angrep som han skal delta i.”¹¹⁷

Denne regel er gjeldende for *stridende*, men koblingen mellom det å bære våpen og stridende status kan logisk overføres til en vurderingsnorm om at det å bære våpen er et tegn på en sivilperson som deltar aktivt i fiendtligheter, slik *stridende* gjør. En slik tolkning og en slik vurderingsnorm synes imidlertid problematisk. For det første er det ikke nødvendigvis synlig at en person bærer våpen, selv på nært hold når personen er bevæpnet med for eksempel pistol, granat, eller kniv. For det andre er det ikke nødvendigvis et krav om at deltagelse i fiendtligheter krever at personen er bevæpnet. Watkin sier det slik:

¹¹⁶ Se The ICRC and the TMC Asser Institute, 2004 s. 4.

¹¹⁷ Se art. 44 (3) TP I.

“The danger of relying too heavily on the carrying of arms as an indication of combatancy is that it may lead to a very narrow and unrealistic view of what actually constitutes taking an active part in hostilities.”¹¹⁸

For det tredje vil en regel om at direkte deltagelse i fiendtligheter avhenger av at en sivilist er bevæpnet, kunne skape en tilsvarende problematikk som for *svingdørsteorien*, der sivile kan bevege seg inn og ut av beskyttelse ved å kaste bort våpenet eller å gjennomføre en fiendtlig handling ubevæpnet.¹¹⁹ Dersom det å bære våpen skal forstås som fiendtlig i seg selv, vil en person som bærer våpen under en demonstrasjon forstås som direkte deltagende i fiendtligheter. Med mindre personen og personens subjektive hensikter i situasjonen er kjent (og det er svært sjelden tilfelle, all den tid man ikke kan se inn i hodene til andre mennesker) synes denne vurderingen å være begrenset til objektive vurderingskriterier, det vil si hva det ser ut som at den sivile personen kan gjøre eller er i ferd med å gjøre.¹²⁰ Det er også slik at skytevåpen og enklere våpen som spyd eller kniver i en situasjon bæres i den hensikt å angripe noe, mens i andre situasjoner bæres våpnene i forbindelse med jakt, seremonier, eller selvforsvar.¹²¹ Våpenet i seg selv synes ikke alene å indikere en fiendtlig handling, men avhengig av situasjonen kan det å bære våpen være en indikator på fiendtlig hensikt. Selv i urban krigføring behøver ikke et våpen å bety at den sivile som bærer det utgjør en umiddelbar trussel. Det vil alltid være et vurderingsspørsmål. Et eksempel på dette er når en gammel kvinne bærer et våpen gjennom en by som er rammet av en væpnet konflikt, ikke for å skade noen men for å levere det inn mot betaling.¹²²

3.4.6 VOLD MELLOM SIVILE

I væpnede konflikter er det vanlig at sivile utøver vold mot andre sivile, det være seg terror mot tilfeldige mål, etnisk rensning, eller som del av krigshandlingene for å støtte krigsinnsatsen til en av partene. I tillegg kommer terrorangrep fra sivile mot andre sivile, samt når opprørsgrupper bruker gisseltaking av sivile grupper som krigsføringsmetode i moderne konflikter. Når sivile utfører kriminelle handlinger er det en politisak. Svært ofte er det imidlertid et problem at politimakten ikke makter å håndtere sivil vold i væpnede konflikter når voldsterskelen er hevet over politiets ressurser og maktmidler. Det er nettopp i væpnede konflikter, og spesielt i ikke-

¹¹⁸ Se Watkin, 2005 s. 32.

¹¹⁹ Ibid.

¹²⁰ Problematikken med subjektiv intensjon diskuteres i punkt 3.5.

¹²¹ Se The ICRC and the TMC Asser Institute, 2004 s. 3.

¹²² Se The International Committee of the Red Cross and the TMC Asser Institute, 2005 s. 12.

internasjonale væpnede konflikter at slik vold er mulig i stor utstrekning og at sivil vold mot sivile ligger i konfliktens natur. Her kan både hensikten med konflikten, konfliktens virkemidler, og konfliktens konsekvenser være forsettlig drap, skade på sivile, frihetsberøvelse, samt ydmykende og nedverdiggende behandling av beskyttede personer.¹²³

Håndtering av slike situasjoner med militærmakt krever en klargjøring av om slike handlinger kan regnes som DDF, og følgelig tillater bruk av dødelig militærmakt og direkte målvalg av de sivile gjerningsmenn. Spørsmålet blir således: Er, og i tilfelle i hvilke omstendigheter, voldshandlinger utført av sivile mot andre sivile i væpnede konflikter å regne som direkte deltagelse i fiendtligheter. Vi har tidligere sett at handlinger med den hensikt å skade sivile også kan regnes som *fiendtligheter*¹²⁴. TK-dommen konkluderer slik:

“As we have seen, that approach is not limited merely to the issue of "hostilities" toward the army or the state. It applies also to hostilities against the civilian population of the state”.¹²⁵

Dette synet er i følge Kretzmer støttet av Cassese:

“...in his opinion to the Israel Supreme Court in the pending case on targeted killings, Professor Antonio Cassese does not contest that terrorist attacks on civilians are hostilities.”¹²⁶

Det synes klart at vold mellom sivile kan utgjøre direkte deltagelse i fiendtligheter, men under hvilke omstendigheter er dette tilfelle? Det tredje ekspertmøte om DDF sier følgende om når sivil vold mot sivile kan regnes som direkte deltagelse i fiendtligheter:

This would hardly be the case, for example, where civilian prison guards violently abused civilian prisoner [and] where ordinary criminals simply took advantage of the chaos of armed conflict to loot or rape and murder other civilians. On the other hand, in certain cases of inter-civilian terrorist acts, of hostage-taking or of “ethnic cleansing” the answer would probably be less clear.¹²⁷

Ekspertmøtet trekker her et skille mellom vanlig kriminalitet med personlige motiver og voldsbruk rettet mot sivile som en del av krigshandlingene. Etter denne tolkningen kan det diskuteres om sivil vold mot sivile små være del av militære operasjoner, eller tilrettelegging for militære operasjoner, for at utøvelse av slik vold skal kunne regnes som direkte deltagelse i

¹²³ Se The International Committee of the Red Cross and the TMC Asser Institute, 2005 s. 8-13.

¹²⁴ Se punkt 3.2.

¹²⁵ Se The policy of targeted killings - Judgement, 2005 avsn. 33

¹²⁶ Se Kretzmer, 2005 s. 192.

¹²⁷ Se The International Committee of the Red Cross and the TMC Asser Institute, 2005 s. 8.

fiendtligheter.¹²⁸ Det kan for eksempel være tilfelle i væpnede konflikter at en part i konflikten bruker sivile væpnede grupper til å terrorisere sivilbefolkningen og dermed skape fremgang for sine militære operasjoner. Med dette menes at handlingen ikke kan være personlig motivert, men at den er del av en plan, en militær policy eller del av en større operasjon.

For å presisere hva slags handlinger mellom sivile som skal utgjøre DDF i rammen av *fiendtligheter*, foreslo ekspertmøtet i 2005 et alternativt krav om at voldshandlingene ikke nødvendigvis måtte være en del av en parts militære operasjoner, men at handlingen må gi en *militær fordel* til en av partene i konflikten.¹²⁹ Tilknytningen til militær fordel synes å være en utvidet tolkning av bestemmelsen i art 52 (2) TP I:

”Angrep skal være strengt begrenset til militære mål. Når det gjelder gjenstander, er militære mål begrenset til de gjenstander som utfra art, plassering, formål eller bruk gir et effektivt bidrag til militære aksjoner, og som total eller delvis ødeleggelse, erobring eller nøytralisering av, etter de da rådende omstandigheter byr på en avgjort *militær fordel* [min utheving].”

Vurderingen av *militær fordel* er i denne bestemmelsen knyttet til gjenstander og ikke stridende og sivile som deltar direkte i fiendtligheter. En *de lege lata* tolkning av denne bestemmelsen ser ikke ut til å omfatte vurderingen av militær fordel ved angrep på personer. Å tolke denne bestemmelsen til å omfatte personer som mål synes i praksis å ha farlige konsekvenser. Det kan medføre at parter i konflikten på ondskapsfullt vis tillegger sivile personer å utføre voldshandlinger mot sivile som vil gi motparten en militær fordel. Hver gang enkeltpersoner blir en viss byrde for egne styrker og militære ressurser, kan sivile dermed på urettmessig vis påstås å være lovlige mål.¹³⁰ En slik praksis vil i tillegg være i strid med artikkel 50 (1) TP I, som i siste setning bestemmer at ”I tilfelle tvil hvorvidt en person er sivil, skal vedkommende anses som en sivilperson.”

Det synes klart at kravet om militær fordel ikke er hensiktsmessig som kriterium for at sivils vold mot sivile skal regnes som direkte deltagelse i fiendtligheter. Det synes også klart at et krav om at fiendtlighetene skal ha forbindelse til militære operasjoner for å regnes som DDF er hensiktsmessig.¹³¹ Under ekspertmøtet om DDF i 2005 var det en “unanimous agreement that inter-civilian violence carried out “specifically in support of the military operations of a party to

¹²⁸ Se diskusjonen omkring definisjonen av *militære operasjoner* i rammen av *fiendtligheter* under punkt 3.2.

¹²⁹ Se The International Committee of the Red Cross and the TMC Asser Institute, 2005 s. 10.

¹³⁰ Ibid.

¹³¹ *Militære operasjoner* i denne sammenheng er ment som militære operasjoner utført av regulære styrker og tilsvarende operasjoner utført av opprørere, terrorister og tilsvarende uten en direkte statlig tilknytning.

the conflict" would constitute direct participation in hostilities".¹³² Følgelig må intersivile voldshandlinger være tilstrekkelig forbundet med militære operasjoner, i rammen av en væpnet konflikt, for å regnes som DDF. Intersivil vold som utføres generelt på vegne av en part i konflikten eller til støtte for partens politiske målsetninger kan derfor ikke alene regnes som DDF. Det må foreligge en spesifikk forbindelse til en parts militære operasjoner. Men hva er "a party to the conflict" i denne sammenheng? En vid tolkning inkluderer i begrepet *parter* også opprørsgrupper som ikke tilfredsstiller partskriteriene i folkerettslig forstand jf. særlig fellesartikkel 3, men også art 43 (I) TP I og art 1 (1) TP II. En snever tolkning inkluderer kun parter som tilfredsstiller partskriteriene. Den snevre tolkningen vil på uheldig vis kunne utelate DDF til støtte for viktige grupper og aktører i konflikten som faller utenfor lovens definisjon. En vid tolkning vil kunne definere DDF til støtte for grupperinger i et stort omfang som det er vanskelig å avgrense. Hva som er den mest hensiktsmessige tolkningen synes å måtte vurderes i den enkelte konflikt, avhengig av antall parter, aktører og om konflikten klassifiseres som internasjonal eller ikke-internasjonal.

Vi har sett at intersivil vold kan utgjøre DDF, dersom volden er utført i sammenheng med militære operasjoner. Det synes imidlertid fornuftig å inkludere andre tilfeller av intersivil vold som DDF, etter en vurdering i det enkelte tilfelle. Skillet mellom DDF og vanlig kriminalitet synes derfor å kunne fastsettes etter den objektivt identifiserte intensjon bak handlingen, og denne bør følgelig deduseres utfra konflikten natur og hvordan krigshandlingene (konflikten) føres. Voldens intensitet må også vurderes.

I neste avsnitt skal vi diskutere hvordan begrepet *fiendtlig hensikt* stiller seg i vurderingen av om en sivilperson deltar direkte i fiendtligheter.

3.5 FIENDTLIG HENSIKT

Begrepet *fiendtlig hensikt* (hostile intent) er ikke et rettslig begrep under IHR. Det er hentet fra MC 362/1 NATO Rules of Engagement (ROE).¹³³ ROE skal veilede væpnede styrker i deres oppdragsløsning i spesifikke kontekster. NATO legger selvforsvarsretten til grunn for beskyttelse av enkeltpersoner og militære avdelinger mot angrep. Da det innen NATO er ulike nasjonale regler for selvforsvar, er det behov for engasjementsregler som tillater den militære sjef for NATO-styrken å benytte de ulike nasjoners styrkebidrag som en samlet styrke mot

¹³² Se The International Committee of the Red Cross and the TMC Asser Institute, 2005 s. 10.

¹³³ Se NATO. (u.d.). MC 362/1 - Rules of Engagement. NATO.

trusselen fra en potensiell fiende. ROE er således et kommando og kontroll-element som skal sørge for at operasjonene kan gjennomføres innenfor rammen av nasjonal lovgivning. ROE gir ikke nødvendigvis det korrekte bilde av gjeldende rett etter IHR, og skal følgelig ikke brukes til å definere hva som utgjør direkte deltagelse i fiendtligheter.¹³⁴ For eksempel kan ROE av politiske eller operasjonelle hensyn legge begrensninger på maktbruk mot sivile som deltar direkte i fiendtligheter og som derfor er lovlige mål. På den annen side kan ROE innenfor de alminnelige rammene til IHR tillate maktbruk med utgangspunkt i selvforsvarsretten mot sivile, selv om disse ikke kan defineres som DDF etter IHR.¹³⁵

Etter MC 362/1 er fiendtlig hensikt "a likely and identifiable threat recognizable on the basis of both the following conditions:

- a. capability and preparedness of individuals, groups of personnel or units which pose a threat to inflict damage and,
- b. evidence, including intelligence, which indicates an intention to attack or otherwise inflict damage.¹³⁶

En vurdering av fiendtlig hensikt er her knyttet til *capability and preparedness* og *intention*, som hver for seg synes å kunne inneholde både subjektive og objektive vurderingselementer. Det er klart at art 51 (3) TP I ikke stiller krav til vurdering av et subjektivt element, og således kan ikke *subjektiv intensjon* være et rettslig kriterium for vurdering av DDF.

Faren med et subjektivt element er at dette i praksis vil gi stort rom for bevisst eller ubevisst feiltolkning eller misforståelser, spesielt i moderne konflikter der multinasjonale operasjoner gjennomføres i en multikulturell kontekst. I en slik sammenheng vil det å tolke spesifikke menneskelige uttrykk eller typer oppførsel på en riktig måte være meget vanskelig. I verste tilfelle vil en soldat kunne bruke dette kriterium som en fullmakt til å drepe en sivilist der omstendighetene for øvrig kan gjøre et angrep forbudt. Å basere bruk av dødelig makt på et slikt subjektivt vurderingskriterium er spesielt farlig nettopp fordi en oppfattelse hos en person kan frata en beskyttet person beskyttelsen mot angrep, uten at objektive kriterier ligger grunn. En slik utvikling vil i neste omgang kunne gi nye og utvidede engasjementsregler i fremtiden.¹³⁷ En innblanding av vurderingskriterier basert på subjektiv intensjon vil gjøre det umulig for de væpnede styrker å utvikle klare, entydige og operasjonaliserbare regler for maktanvendelse.

¹³⁴ Selv om ROE naturligvis må være innenfor gjeldende rett.

¹³⁵ Se The International Committee of the Red Cross and the TMC Asser Institute, 2005 s. 37.

¹³⁶ Se NATO Appendix 1 to Annex A.

¹³⁷ Se The International Committee of the Red Cross and the TMC Asser Institute, 2005 s. 37.

Et subjektivt vurderingselement er således problematisk, men en objektiv intensjonsvurdering synes nyttig. I praksis kan en sivil handling vurderes om den objektivt sett er fiendtlig eller ser fiendtlig ut, i stedet for å ”se etter” den sivile personens subjektive intensjon med handlingen. På dette objektive vis vil en et slikt kriterium kunne gi verdifull rettledning til soldatene på bakken i forhold til hvilke enkeltindivider som er DDF, og dermed lovlige mål. Vurderingen av hva som svarer til konseptet direkte deltagelse i fiendtligheter må gjøres utfra objektive kriterier alene. Dette synes NATO ROE å ta høyde for når den gir eksempler på hva som utgjør fiendtlig hensikt:

The capability and preparedness to inflict damage can be taken to exist when certain tactical events occur. These may include manoeuvring into weapons launch positions, whether within effective range or not, the deployment of remote targeting methods and the use of shadows or tattletails to provide picture compilation. Evidence may also come from non-tactical events such as increased indications of mobilisation or warlike gestures revealed in public or gained from intelligence, increased movements of ammunition and the requisition of transportation. The weight of evidence and intelligence indicating intention to attack or otherwise inflict damage must demonstrate a clear and substantial threat. Isolated acts of harassment, without intelligence or other information indicating an intention to attack or otherwise inflict damage, will not normally be considered hostile intent.¹³⁸

Vi har sett at fiendtlig hensikt ikke er et rettslig begrep som forklarer DDF, men at en vurdering av hensikt basert på objektive kriterier kan være med på å klargjøre om handlinger utgjør direkte deltagelse i fiendtligheter.

3.6 TIDSMESSIG VARIGHET AV DIREKTE DELTAGELSE

Artikkel 51 (3) TP I sier at sivile skal beskyttes mot farer som oppstår av militære operasjoner, og de skal ikke angripes ”med mindre, og *så lenge*, de deltar direkte i fiendtligheter.”[min utheving]. Denne bestemmelsen inneholder følgelig et tidskrav. Når *så lenge* har passert er den siviles beskyttelse gjenopprettet og angrep er ulovlig. Hvordan skal *så lenge* tolkes å være i tid og omfang? Det synes heller ikke her å eksistere noen omforent rettslig definisjon. TK-dommen sier:

As regarding the scope of the wording "takes a direct part" in hostilities, so too regarding the scope of the wording "and for such time" there is no consensus in the international literature. Indeed, both these concepts are close to each other. However, they are not identical. With no consensus regarding the interpretation of the wording "for such time", there is no choice but to proceed from case to case.

¹³⁸ Se NATO Appendix 1 to Annex A.

Dette behovet for å behandle hvert enkelt tilfelle for seg er tilsvarende som for *direkte deltagelse*, innefor rammen av to ytterpunkter. På den ene siden er en person som deltar direkte i fiendtligheter en enkelt gang, for deretter å stanse all slik aktivitet. På den andre siden er en sivil person som deltar direkte i fiendtligheter gjentatte ganger i en serie av fiendtligheter, og som benytter tiden etter en fiendtlig handling til å forberede den neste. Disse ytterlighetene beskriver dilemmaet som *så lenge* presenterer for oss. På den ene siden synes det klart at en sivil som har deltatt i fiendtligheter en gang, og som ikke lenger handler fiendtlig, er beskyttet. For eksempel virker det helt urimelig at en person som gjennomførte et angrep i januar fortsatt er et lovlig mål på grunn av denne handlingen i august.¹³⁹ Denne sivilisten er beskyttet mot angrep fra det tidspunkt han stanser den fiendtlige aktiviteten. Han kan heller ikke angripes på bakgrunn av de fiendtlighetene han tidligere har deltatt i. Personen har gått ut av sin beskyttelse, og inn igjen. I det andre ytterpunktet kan den siviles aktiviteter i praksis tilsvare ”opprørskriger om natten og bonde om dagen”. Den sivile tar kontinuerlig del i fiendtligheter og utnytter bevisst sin status som beskyttet sivil mellom angrepene til planlegging og forberedelse av nye angrep. Personen går inn og ut av beskyttelse gjentatte ganger og utnytter det beste fra begge verdener. Dette er den såkalte *svingdørsteorien* (the revolving door theory).¹⁴⁰

Det synes å være en klar enighet i den internasjonale litteratur om det første ytterpunktet. Det andre ytterpunktet, *svingdørsteorien*, er omstridt. Kan det virkelig være slik at sivile som deltar direkte i fiendtligheter får tilbake sin beskyttelse mot angrep når de returnerer fra ett angrep, og de utvilsomt har til hensikt å delta i nye fiendtligheter? *Svingdørsteorien* er i praksis svært vanskelig å håndtere fordi en motstander som kjemper i henhold til humanitærretten må evne å behandle den samme personen etter ulike rettslige regimer. Når personen er å regne som et lovlig mål kan han angripes. Når personen har gjenvunnet sin beskyttelse må han arresteres etter normale rutiner for rettshåndhevelse. Schmitt skriver følgende om svingdørsteorien:

“... the revolving door standard flies in the face of logic grounded in the realities of armed conflict. Military forces facing attacks from civilians who can acquire sanctuary simply by returning home, a known location where they may be best targetable, will soon conclude that their survival dictates ignoring the purported revolving door. And ignoring individual aspects of humanitarian law invites disrespect for that body of law more generally, thereby exposing the civilian population to increased danger. Furthermore, a

¹³⁹ Se The ICRC and the TMC Asser Institute, 2004 s. 23.

¹⁴⁰ Se Kretzmer, 2005, s. 193.

revolving door heightens the likelihood of direct participation by civilians in that it lessens the risk to them of such participation.”¹⁴¹

Schmitt synes her å forkaste *svingdørsteorien* som basis for å beskytte sivile som gjentatte ganger deltar i fiendtligheter. TK-dommen forkaster den ikke, men sier at:

”... the "revolving door" phenomenon, by which each terrorist has "horns of the alter" [...] to grasp or a "city of refuge" [...] to flee to, to which he turns in order to rest and prepare while they grant him immunity from attack, is to be avoided.”¹⁴²

Dette gir en praktisk tolkning av begrepet *så lenge*, der sivile som deltar direkte i fiendtligheter er lovlige mål for angrep inntil de *utvilsomt har stanset* sine fiendtlige handlinger.¹⁴³ Dermed unngås problemet med *svingdørsteorien* ved å forlenge tidsaspektet for direkte deltagelse.

Utvilsomt har stanset betyr her å avstå fra *fiendtligheter* over en lang periode, eller at personen på en bekreftende måte trer tilbake fra videre deltagelse i fiendtligheter.¹⁴⁴ Denne fremgangsmåten skaper en parallell situasjon i forhold til lovlig *stridende*, som vi tidligere har sett at kan angripes uavhengig av hvor de er og hva de for øyeblikket gjør. En slik form for bekreftet avbrudd synes vanskelig å gjennomføre i praksis.

For det første vil en motstander vanskelig kunne registrere og ha oversikt over alle sivile som har deltatt i fiendtligheter mot dem, og hvor lenge det er siden siste angrep fra den enkelte sivile. Det synes også rimelig at med mindre en sivil tilhører en form for stridende organisasjon som har full oversikt over sine medlemmers aktiviteter, så eksisterer det ingenting utover den sivile selv som kan bekrefte eller avkrefte et slikt avbrudd. Det synes videre sannsynlig at andre sivile som har deltatt i fiendtligheter sammen med personen som melder avbrudd, og som ikke aksepterer dette avbruddet vil sende motstridende meldinger om den sivilens aktiviteter. Den sivile vil følgelig ved å kommunisere et avbrudd fra fiendtligheter fortsatt risikere å bli angrepet av motstandere som ikke har registrert eller legger til grunn at den sivile har gjenvunnet sin beskyttede status.

For det andre er det et spørsmål om hvordan et bekreftet avbrudd i praksis skal kunne meldes og registreres, bare det å etablere en kommunikasjonslinje synes vanskelig. Skal man møte opp eller holder det med en telefon? *For det tredje* vil den sivile bære en risiko for at motstanderen ved å

¹⁴¹ Se Schmitt, M. N. (2004). Humanitarian Law and Direct Participation in Hostilities by Private Contractors or Civilian Employees. 5 *Chicago Journal of International Law* (2), s. 536.

¹⁴² Se The policy of targeted killings – Judgement, 2005 avsn. 40.

¹⁴³ Se Schmitt, 2004 s. 536.

¹⁴⁴ Ibid.

melde avbrudd, for første gang, gjør det kjent for motstanderen at han eller hun har deltatt i fiendtligheter. Dette vil innebære at den sivile frivillig bekjentgjør straffbare handlinger ovenfor sine nasjonale myndigheter, og må regne med straffeforfølgelse og:”As a result, they could be subject to the death penalty if the national law of the capturing state provides for that punishment for the acts carried out by unlawful combatants.”¹⁴⁵ Det virker likevel sannsynlig at sivile som deltar direkte i fiendtligheter vet at de deltar på bekostning av sine privilegier som beskyttet sivil.

Teorien om at sivile som deltar direkte i fiendtligheter på en systematisk og gjentakende måte er lovlig mål også for den tid de ikke er faktisk involvert i utøvelsen av direkte fiendtligheter motsies av Cassese:

Principles of international humanitarian law as confirmed by military manuals, lead to the conclusion that civilians may not be targeted while planning or preparing an attack or after committing it. The rationale behind the prohibition against targeting a civilian who does not take a direct part in hostilities despite his possible (previous or future) involvement in fighting, is linked to the *need to avoid killing innocent civilians*”¹⁴⁶

Casseses snevre tolkning av begrepene *fiendtligheter* og *så lenge* står i motsetning til både TK-dommen og Schmitt som begge står for en vid tolkning av *fiendtligheter* og *så lenge*. Det andre ekspertmøtet om DDF synes å støtte Schmitts, når ekspertene sier følgende:”If people were allowed to jump in and out of hostilities whenever they liked, this would end up eroding the humanitarian shield enjoyed by the civilian population”¹⁴⁷ Felles for begge syn er at de benytter samme hovedargument til støtte for sine tolkninger, nemlig en størst mulig respekt for distinksjonsprinsippet og sivils beskyttelse. Denne uenigheten illustrerer det problematiske ved å komme frem til en enhetlig tolkning av begrepet *så lenge*.

Vi har sett at varigheten på direkte deltagelse i fiendtligheter og det medfølgende tapet av beskyttelse mot angrep må vurderes i det enkelte tilfelle. Vi har videre sett at ytterpunktene for *så lenge* går fra sivile som raskt gjenvinner sin beskyttelse til sivile som etter en serie med fiendtligheter kan miste sin beskyttelse mot angrep for en sammenhengende periode. Men hva med situasjoner der en sivil tilhører en væpnet gruppe som deltar direkte i fiendtligheter. Kan den sivile i tilfelle regnes som direkte deltagende i fiendtligheter på grunn av sitt gruppemedlemsskap alene? I tilfelle er det snakk om en speilvending av reglene som gjelder for

¹⁴⁵ Se Watkin, K. (2005). Warriors Without Rights? Combatants, Unprivileged Belligerents, and Struggle over Legitimacy. *11 Harvard Program on Humanitarian Policy and Conflict Research - Occasional Paper Series* (2), s. 36.

¹⁴⁶ Se Cassese, 2005 s. 421.

¹⁴⁷ Se The ICRC and the TMC Asser Institute, 2004 s. 22.

stridende. Vi skal i neste punkt diskutere en mer spisset tilnærmingen til hvor lenge en *sivil* mister sin beskyttelse ved direkte deltagelse i fiendtligheter, herunder *medlemskap i en væpnet gruppe*.

3.7 DIREKTE DELTAGELSE I FIENDTLIGHETER OG MEDLEMSKAP I ORGANISERTE VÆPNEDE GRUPPER

I NIAC er det typisk at organiserte væpnede grupper deltar i *fiendtligheter*. Det samme kan også være tilfelle for IAC. Et eksempel på en slik gruppe er Taliban som deltok i *fiendtligheter* i Afghanistan da den væpnede konflikten var klassifisert som internasjonal, og som fortsatt deltar i fiendtligheter i dagens ikke-internasjonale væpnede konflikt. I forhold til direkte deltagelse i fiendtligheter er humanitærretten uklar om hvordan statusen til medlemmer av slike organiserte væpnede grupper skal reguleres. Derfor stilles følgende spørsmål: Skal medlemmene regnes som *sivile*, og dermed lovlige mål kun for den tid de selv deltar direkte i fiendtligheter, eller har de en form for *stridende* status som gjør dem til lovlige mål? Dersom *medlemmer* av slike grupper ikke har en status som gjør dem til lovlige mål, kan de så likevel regnes som direkte deltagende i fiendtligheter *så lenge* de er medlemmer i en *væpnet gruppe*, og dermed angripes uavhengig av sine individuelle handlinger? Det siste spørsmålet omhandler den såkalte medlemskapstilnærmingen som er en teori om at medlemmer av organiserte væpnede grupper kan angripes direkte all den tid de er medlemmer, uavhengig av sin status og sine individuelle handlinger.¹⁴⁸

Skal medlemmene regnes som *sivile*, og dermed lovlige mål kun for den tid de selv deltar direkte i fiendtligheter, eller har de en form for *stridende* status som gjør dem til lovlige mål så lenge konflikten varer? Grunnregelen for distinksjon i TP I (IAC) er at "... partene i konflikten til enhver tid [skal] skille mellom sivilbefolkningen og de stridende".¹⁴⁹ Sivile kan ikke angripes "... med mindre og så lenge de deltar direkte i fiendtligheter."¹⁵⁰ Her er utgangspunktet en internasjonal væpnet konflikt, der partene i konflikten er "to eller flere av de høye kontraherende parter", hvor parter er selvstendige stater.¹⁵¹ Et unntak fra regelen om at parter er selvstendige stater er når "et folk kjemper mot koloniherrdømme og fremmed okkupasjon og mot rasistiske regimer under utøvelsen av dets selvbestemmelsesrett."¹⁵² Slike væpnede konflikter der et folk

¹⁴⁸ Se The International Committee of the Red Cross and the TMC Asser Institute, 2005 s.

¹⁴⁹ Se art 48 TP I.

¹⁵⁰ Se art 51 (3) TP I.

¹⁵¹ Se felles art 2 til Genèvekonvensjonene, første setning.

¹⁵² Se art 1 (4) TP I.

på en slik måte, og under slike forhold er en part i konflikten er imidlertid i dag sjeldent forekommende.¹⁵³

I første tilleggsprotokoll er både *sivile* og *stridende* definert. Skillet mellom kategoriene er definert slik at *stridende* er *stridende* fordi de er ”Medlemmer av de væpnede styrker til en part i konflikten...” og *sivile* er *sivile* fordi *de ikke er* medlemmer av de væpnede styrker til en part i konflikten.¹⁵⁴ Kriteriene for hva som utgjør de væpnede styrkene til en part i konflikten er således også definert.¹⁵⁵ Det er videre slik at for internasjonale væpnede konflikter følger *stridende* status medlemskap i de væpnede styrker.¹⁵⁶

Hvordan er disse forholdene regulert for ikke-internasjonale væpnede konflikter? Grunnregelen for distinksjon i NIAC er at ”Sivilbefolkningen og sivile enkeltpersoner skal ha alminnelig beskyttelse mot de farer som oppstår av militære operasjoner [...] sivilbefolkningen som sådan og sivile enkeltpersoner skal ikke være gjenstand for angrep [...] med mindre, og så lenge, de deltar direkte i fiendtligheter ”.¹⁵⁷ TP II definerer imidlertid ikke hva *sivile* eller *den sivile befolkning* er, selv om begge begreper benyttes i flere regler.¹⁵⁸ Begrepet *stridende* verken benyttes eller defineres i TP II. Selv om art 1 TP II beskriver partene i konflikten som ”armed forces [of a High Contracting party] and dissident armed forces or other organized armed groups ”, så defineres det ikke hva slags status, være seg sivil, *stridende* eller tilsvarende, som medlemskap i slike væpnede grupper innebærer. Den britiske militærmanualen forklarer dette på følgende måte:

¹⁵³ ”The background to this development in Additional Protocol I was the emergence of a large number of post-colonial states, many of which had only gained independence from their former colonial rulers after long struggles and wished to see certain ongoing struggles recognized as essentially international in character [...]. The UN General Assembly had on several occasions from 1968 onwards urged the application of Geneva Conventions III and IV in particular conflicts of a wholly or partly anti-colonial character. There was thus an increased body of opinion that viewed such “wars of liberation” as internationalized, if not international, armed conflict. In the negotiations that resulted in Additional Protocols I and II, this trend was formally recognized and provisions was made for armed conflicts of this type to be assimilated into the definition of international conflicts, to which the full scope of all four Geneva Conventions and Additional Protocol I would apply. (UK Ministry of Defence, 2004, ss. 383-384).

¹⁵⁴ Se art 43; 50 TP I.

¹⁵⁵ Se art 43 (1) TP I.

¹⁵⁶ Se art 43 (2) TP I.

¹⁵⁷ Se art 13 TP II.

¹⁵⁸ The definition that “any person who is not a member of armed forces is considered to be a civilian” and that “the civilian population comprises all persons who are civilians” was included in the draft of Additional Protocol II. The first part of this definition was amended to read that “a civilian is anyone who is not a member of the armed forces or of an organized armed group” and both parts were adopted by consensus in Committee III of the Diplomatic Conference leading to the adoption of the Additional Protocols. However, this definition was dropped at the last moment of the conference as part of a package aimed at the adoption of a simplified text.” (Doswald-Beck & Henckaerts, 2005, s. 19).

”The law relating to internal armed conflict does not deal specifically with combatant status or membership of the armed forces. That is because in internal armed conflict, the law of the place where the conflict takes place continues to apply. In practice, dissident armed forces may be the result of members of the armed forces of the state breaking away to oppose the government, ad hoc armed opposition groups may be established, or civilians may take up arms to overthrow the government [...] Unlike combatants in an international armed conflict, members of dissident armed forces remains liable to prosecution for offenses under domestic law. These can include normal acts of combat – for example, a dissident combatant who kills or injures a member of the government forces may be prosecuted for murder or other offences against the person – and even membership of the dissident group [...] A captured member of dissident fighting forces is not legally entitled to prisoner of war status.”¹⁵⁹

Denne tolkningen beskriver en konflikt mellom sivile som tar del i striden gjennom medlemskap i dissident armed forces (*væpnede grupper*) og regjeringsstyrker. Tolkningen kan videre forstås slik at medlemmer av en stats væpnede styrker tilsvarende *stridende* fordi de er beskyttet mot straffeforfølgning for deltagelse i fiendtligheter, og at sivile medlemmer av væpnede grupper ikke tilsvarende *stridende* fordi de mangler beskyttelse mot straffeforfølgning samt rettigheter som krigsfanger. Tolkningen synes på denne måten å omgå problematikken med en manglende rettslig definisjon av *sivile* og *stridende*. Den beskriver partene i konflikten uten å gå inn på en nærmere definisjon av statusen til aktørene, og ivaretar distinksjonsprinsippet ved en enkel regel: ”A distinction is to be drawn between those who are taking a direct part in hostilities, who may be attacked, and those who are not taking a direct part in hostilities, who are protected from attack”.¹⁶⁰ Denne tilnærmingen synes å være i tråd med felles artikkel 3 til

Genèvekonvensjonene som sier dette om beskyttelse av personer gjeldende for væpnet konflikt uten internasjonal karakter:

”I tilfelle av væpnet konflikt uten internasjonal karakter som oppstår på en av de høye kontraherende parters territorium, skal hver av partene i konflikten være forpliktet til å anvende i alle fall følgende bestemmelser: Personer som ikke direkte tar del i fiendtligheter, derunder også medlemmer av væpnede styrker som har nedlagt våpnene, og personer som har blitt satt utenfor kampen [...] skal under alle forhold bli behandlet humanitært...”¹⁶¹

Fellesartikkel 3 opererer med begrepet *personer*, og når *personer* skal beskyttes, ikke *sivile* og *stridende*. Men er det tilfredsstillende å omgå problematikken med en manglende definisjon av *stridende* og *sivile* i NIAC? Manualen om ikke-internasjonale konflikter ser det ikke slik. Den

¹⁵⁹ Se UK Ministry of Defence, 2004 avsn. 15.6.1 – 15.6.3.

¹⁶⁰ Se UK Ministry of Defence, 2004 avsn. 15.6.

¹⁶¹ Denne bestemmelsen er internasjonal sedvanerett.

introduserer begrepet *fighters*, som en løsning på en manglende definisjon av *stridende*.

Manualen definerer også *sivile*:

”For the purpose of this Manual, fighters are members of armed forces [regjeringsstyrker] and dissident armed forces or other organized armed groups, or taking an active (direct) part in hostilities [...] Civilians are all those who are not fighters.” [min utheving]¹⁶²

Begrepet *fighters* er ikke hentet fra IHR, men benyttes av praktiske årsaker i manualen i stedet for *stridende* for å unngå en forvirring av begrepets mening for internasjonale væpnede konflikter. *Fighters* inkluderer både medlemmer av de regulære styrker som kjemper på regjeringens side og medlemmer av væpnede grupper som kjemper mot regjeringen.¹⁶³ Sivile som deltar direkte i fiendtligheter behandles som *fighters*. Dette synes i praksis å gi fire kategorier personell, hvor tre rammes av *fighters*. For det første er personer *fighters* fordi de deltar direkte i fiendtligheter. Dette synes som en meget vid tolkning av varigheten for tap av beskyttelse dersom bestemmelsen er ment å favne personer som har deltatt i fiendtligheter en gang, og som ikke lenger handler fiendtlig. Dersom tolkningen er ment slik at sivile som regelmessig deltar i fiendtligheter uten å være medlem i en væpnet gruppe er *fighters* synes tolkningen i større grad å være rimelig.¹⁶⁴ For det andre er personer *fighters* fordi de tilhører en væpnet gruppe og for det tredje er personer *fighters* fordi de tilhører regjeringsstyrkene. Dette ser ut til å være helt i tråd med kommentaren til TP II som finner at: ”Persons who belong to armed forces or armed groups may be attacked at any time.”¹⁶⁵ Personer som ikke er *fighters* er *sivile* og skal beskyttes. Manualen introduserer med dette en funksjonell tilnærming der *fighters* presenteres som en motkategori til *sivile*, der *sivile* er personer som ikke er *fighters*.

Et ekspertmøte om retten til liv i væpnede konflikter og okkupasjon som ble avholdt i 2005, synes å støtte synet om en form for stridende status som en motsetning til sivile, så fremt de sivile det gjelder er medlemmer av en væpnet gruppe.:

“A few experts were of the opinion that there is clearly a category of “combatants” in NIAC. One of these experts observed that, since the IHL of NIAC recognizes a category of civilians, there must clearly exist a category of non-civilians. One might choose to call them fighters or belligerents instead of the term “combatants” so as to avoid implying that these rebels enjoy the combatant’s privilege to participate in hostilities. Nevertheless, there is a clear category of “combatants” in NIAC. Such “combatants” cannot merely be considered civilians who take part in hostilities, given that they are members of armed

¹⁶² Se Dinstein, Garraway, & Schmitt, 2006 avsn. 1.1.2 og 1.1.3.

¹⁶³ Ibid. s. 4. Se kommentarens punkt 1 til punkt 1.1.2. Fighters.

¹⁶⁴ Se diskusjonen om varigheten på tap av beskyttelse i punktet ovenfor.

¹⁶⁵ Se Sandoz, Zimmermann, Eberlin, Gasser, & Wenger, 1987 avsn. 4789.

groups which are regularly engaged in hostilities. Common Article 3 refers to parties to the conflict, and Art. 1(1) of AP II refers to “dissident armed forces or other organized armed groups,” implying a recognition that there are groups of non-civilians who are engaged in hostilities with the armed forces of the government.”¹⁶⁶

Kretzmer har en tilsvarende oppfatning når han skriver:

”But does the lack of combatant *status* mean that there are in fact no combatants in such a conflict? Unless we give a negative answer to this question the protection extended to civilians becomes meaningless. If there are no combatants, all are civilians and there is no need for special provisions protecting them. It therefore seems almost self-evident that in a non-international armed conflicts there are indeed combatants, who, as opposed to civilians may be legitimately be targeted by the other side.”¹⁶⁷

Vi har sett at det for NIAC kan eksistere en kategori personell som kan kalles *fighters*, og som rommer personer som deltar direkte i fiendtligheter, enten de er sivile som deltar direkte i fiendtligheter på en regelmessig måte, sivile som er medlemmer av væpnede grupper, eller personer som er medlemmer av regjeringens væpnede styrker. Betegnelsen *fighters* er ikke et rettslig begrep, men beskriver de personer som kan angripes. Det synes imidlertid problematisk for soldaten på bakken i praksis å skille *fighters* fra personer som ikke kan angripes. Da TP II ikke definerer eller omtaler *stridende*, er det heller ikke definert krav til distinksjon av fighters tilsvarende som for IAC, der stridende er ”obliged to distinguish themselves from the civilian population while they are engaged in an attack or in a military operation preparatory to an attack”¹⁶⁸ Soldater på bakken vil følgelig ofte kunne havne i situasjoner der de står overfor en motstander som kan angripes, men som ikke skiller seg fra den delen av befolkningen som skal beskyttes på en synlig måte.

Dersom *medlemmer* av slike grupper *ikke* har en status som gjør dem til lovlige mål, kan de da likevel regnes som direkte deltagende i fiendtligheter *så lenge* de er medlemmer i en *væpnet gruppe*, og dermed angripes uavhengig av sine individuelle handlinger? I ICRCs sedvanerettsstudie omtaler dette problemet slik:

“... practice is not clear as to whether members of armed opposition groups are civilians subject to Rule 6 [Civilians are protected against attack unless and for such time as they take a direct part in hostilities] on loss of protection from attack in case of direct

¹⁶⁶ Fogler, H. (2005). *EXPERT MEETING ON THE RIGHT TO LIFE IN ARMED CONFLICTS AND SITUATIONS OF OCCUPATION*. Geneva: The University Centre for International Humanitarian Law. 2005 s. 36.

¹⁶⁷ Se Kretzmer, 2005 s. 197.

¹⁶⁸ Se art 44 (3) TP I; art 4 (2) GK III; art 44 (7) TP I.

participation or whether members of such groups are liable to attack as such, independently of the operation of Rule 6.”¹⁶⁹

Etter grunnregelen skal: ”... sivilbefolkningen som sådan og sivile enkeltpersoner [...] ikke være gjenstand for angrep [...] med mindre, og så lenge, de deltar direkte i fiendtligheter.” ICRCs sedvanerettstudie beskriver denne regelen som problematisk på følgende måte:

”To the extent that members of opposition groups can be considered civilians [...] this rule appears to create an imbalance between such groups and governmental armed forces. Application of this rule would imply that an attack on armed opposition groups is only lawful for “such time as they take a direct part in hostilities” while an attack on members of governmental armed forces would be lawful at any time.”¹⁷⁰

Manualen om ikke-internasjonale væpnede konflikter ser den samme problematikken og skriver følgende om hvorfor medlemmer av væpnede grupper mister sin beskyttelse som sivile:

”Under Article 13.3 of Additional Protocol II, the loss of protection exists only “for such time as [civilians] take a direct part in hostilities.” However, this limitation is not confirmed by customary international law. Such an approach would create an imbalance between the government’s armed forces on the one side, and members of armed groups on the other, inasmuch as the former remain legitimate targets (under international law) throughout the conflict.”¹⁷¹

Denne problematikken er tilknyttet *svingdørsteorien*.¹⁷² Uavhengig av om konflikten kvalifiserer til IAC eller NIAC, vil væpnede konflikter der den ene parten består av såkalte sivile og den andre parten består av statlige væpnede styrker gi det samme praktiske dilemma der opprørere deltar direkte i fiendtligheter uten å skille seg fra fredelige sivile. I en slik situasjon kan statens væpnede styrker vanskelig kjempe effektivt i konflikten og ta initiativet i kampene dersom alle motstanderne i prinsippet er beskyttet og hvor angrep kun vil være tillatt i forsvar mot motstanderens angrep. Dette vil i stor grad begrense statens evne til å håndtere en ikke internasjonal væpnet konflikt.¹⁷³

Men hva er løsningen på denne ubalansen? ICRC sedvanerettstudie finner at:

“Such imbalance would not exist if members of armed opposition groups were, due to their membership, either considered to be continuously taking a direct part in hostilities or not considered to be civilians.”¹⁷⁴

Rettseksperters mening i det tredje ekspertmøtet om DDF kan her direkte legges til:

¹⁶⁹ Se Doswald-Beck & Henckaerts, 2005 s. 19.

¹⁷⁰ Se Doswald-Beck & Henckaerts, 2005 s. 21.

¹⁷¹ Se Dinstein, Garraway, & Schmitt, 2006 s. 5.

¹⁷² Se punkt 3.6.

¹⁷³ Se The International Committee of the Red Cross and the TMC Asser Institute, 2005 s. 44.

¹⁷⁴ Se Doswald-Beck & Henckaerts, 2005 s. 21.

Therefore, a civilian who became a member of the fighting forces of the opposing party to the conflict should not be regarded as a civilian – or should at least be deprived of civilian immunity – for as long as his or her membership lasted.”¹⁷⁵

Dette gir at enten er *medlemmer av væpnede grupper* lovlige mål så lenge de er medlemmer av den væpnede gruppen på linje med regjeringsstyrker, eller så er de (som vist ovenfor), lovlige mål fordi de gjennom direkte deltagelse i fiendtligheter ikke lenger regnes som sivile som ikke kan angripes, men som *fighters*. Det synes riktig å fastholde et skille der sivile som har deltatt i fiendtligheter en gang, som ikke lenger handler fiendtlig og som ikke er medlem av en væpnet gruppe, skal være beskyttet *med mindre, og så lenge, de deltar direkte i fiendtligheter*. Dette skillet sikrer en dør tilbake til beskyttelse, fremfor en svingdør inn og ut av beskyttelse.

4 KONKLUSJONER OG ANBEFALINGER

4.1 NÅR ER ENKELTPERSONER LOVLIGE MÅL I VÆPNEDE KONFLIKTER?

Jeg har gjennom å behandle oppgavens problemstilling ikke funnet et klart og entydig svar på når enkeltpersoner er lovlige mål i væpnede konflikter. Drøftelsene gir likevel grunnlag for å trekke enkelte slutninger. *Stridende* i rettslig forstand er alltid lovlige mål i en væpnet konflikt, da de per definisjon ved sin stridende status er lovlige mål selv når de sover. Her er loven klar. Dette skaper en ubalanse i forhold til *sivile* som deltar direkte i fiendtligheter, som kun er lovlige mål så lenge de *deltar direkte i fiendtligheter*. Denne ubalansen er problematisk, spesielt for ikke-internasjonale væpnede konflikter.

Det eksisterer ingen alminnelig anerkjent definisjon av konseptet direkte deltagelse i fiendtligheter. Jeg velger imidlertid å definere fiendtligheter som følgende: *Handlinger som ved sin natur og hensikt er tilsiktet å påføre vesentlig skade på fiendtlig personell og materiell, samt alle bevegelser og aktiviteter som utføres av fiendtlig personell i forbindelse med disse handlingene*. Dette forslaget til definisjon er ingen fullgod forklaring på hva fiendtligheter er, men den er et generelt utgangspunkt for tolkning og forståelse. Definisjonens første del, *handlingene som ved sin natur og hensikt er tilsiktet å påføre vesentlig skade på fiendtlig personell og materiell*, favner mer enn direkte voldshandlinger rettet mot fienden, og inkluderer handlinger mot både *sivile* og *stridende* som fiendtlige. Definisjonens annen del, *alle bevegelser og aktiviteter som utføres av fiendtlig personell i forbindelse med disse handlingene*, favner mer enn den skadevoldende handlingen fordi en slik handling ofte ikke lar seg utføre uten

¹⁷⁵ Se The International Committee of the Red Cross and the TMC Asser Institute, 2005 s. 44.

planlegging og forberedelser samt andre aktiviteter til støtte for den skadevoldende handlingen. I sum favner definisjonens annen del det vi forstår med militære operasjoner.¹⁷⁶

En slik vid tolkning av fiendtligheter ser ut til å være viktig for *stridende* styrkers evne til å ta initiativet i den væpnede konflikten overfor *sivile* som deltar direkte i fiendtligheter. Det synes umulig å bekjempe, samt å effektivt forsvare seg mot en fiende dersom fienden kun er et lovlig mål i det han trykker på avtrekkeren. Spesielt vil dette være tilfelle der *sivile* er *fighters* organisert i væpnede grupper som gjennomfører kontinuerlige militære operasjoner mot *stridende* styrker. Jeg mener en definisjon av fiendtligheter som gjør det mulig å operere mot en motstander i alle faser av motstanderens militære operasjon gir den beste beskyttelsen av sivile og best respekt for regelen om at sivile er beskyttet med mindre, og så lenge, de deltar direkte i fiendtligheter. Regelen vil respekteres fordi *stridende* styrker ikke føler seg handlingslammet av den. Sivile vil beskyttes fordi en vid definisjon av fiendtligheter vil bidra til å hindre sivile fra å delta i aktiviteter som kan utgjøre fiendtligheter av frykt for eget liv. Krig skal føres mellom stridende.

Fiendtlige handlinger regnes som direkte og indirekte og det er kun de direkte fiendtlige handlinger som innebærer tap av beskyttelse. *Direkte* fiendtlige handlinger er handlinger som utgjør en umiddelbar trussel om faktisk skade på motstanderen, herunder: direkte angrep og sabotasje mot motstanderens personell, materiell, stillinger, kommunikasjonslinjer, kommunikasjonssystemer, minelegging, forsøk på tilfangetaing, bemanning og operasjon av våpensystemer, ildledning, frivillige menneskelige skjold og direkte logistikkstøtte til militære operasjoner som etterforsyning av ammunisjon i fremste linjer. *Indirekte* fiendtlige handlinger er; å selge varer og forsyninger til partene i konflikten, produsere våpen og militær utrustning, finansiere fiendtligheter, forsyne partene med medisiner, sympatisering med partene, samt unnlate å hindre fiendtlige handlinger fra en av partene. Følgende handlinger kan utgjøre både direkte og indirekte deltagelse i fiendtligheter avhengig av situasjonen: etterretningsaktiviteter, planlegging og ledelse av fiendtligheter, voldelige demonstrasjoner og opptøyer, bevæpning og vold mellom sivile, samt logistikkstøtte.

Jeg anser ikke min definisjon av fiendtlighet, og listen over handlinger som utgjør direkte deltagelse i fiendtligheter som fullstendig dekkende. Til det er det for mange ulike forhold i ulike situasjoner som i stor grad spiller inn når det skal vurderes hvorvidt en *sivil* person deltar direkte

¹⁷⁶ Se punkt 3.2.

i fiendtligheter. Avgjørelsen av hva som skal regnes som *direkte* eller *indirekte* deltagelse i fiendtligheter må vurderes i det enkelte tilfelle. Definisjonen av *fiendtligheter* og listen over eksempler på handlinger kan likevel bidra til å skape forutsigbarhet og motvirke vilkårlighet. Dette vil gagne både den militære operasjon og siviles beskyttelse. Det er samtidig slik at en mer utfyllende definisjon (og en liste med eksempler på hva som kan utgjøre DDF) aldri kan bli helt uttømmende, og vil dermed heller ikke kunne frata den enkelte ansvar for sine avgjørelser med hensyn til bruk av dødelig makt i hvert enkelt tilfelle.

Varigheten av direkte deltagelse (*så lenge*) for sivile varierer fra tilfeller der den aktuelle person raskt gjenvinner beskyttelsen etter et angrep, til tilfeller der sivile mister sin beskyttelse på ubestemt tid fordi de regelmessig deltar direkte i fiendtligheter eller fordi de er medlem av en væpnet gruppe, eller begge deler. Sivile som regelmessig deltar direkte i fiendtligheter er *fighters*. De er ikke lovlig stridende i rettslig forstand, men de er lovlige mål på linje med *stridende* fordi deres tilstand eller funksjon tilsvarer rettslige *stridende*. Rettsvirkningen er at de mister sin beskyttelse. Dette betyr i praksis at sivile har en dør tilbake til beskyttelse etter å ha deltatt direkte i fiendtligheter, men ingen svingdør inn og ut av beskyttelse.

4.2 HVA BETYR DETTE I PRAKSIS FOR NORSKE MILITÆRE STYRKER?

Hva betyr så disse funnene i praksis for den enkelte soldat og offiser som skal opprettholde distinksjonsprinsippet? Dette betyr at soldater, befal og offiserer i utgangspunktet *ikke kan være sikre på om en sivil person deltar direkte i fiendtligheter* og om den aktuelle personen kan angripes. Det vil være en rekke situasjoner der personer som skal foreta målvalg vil og skal være i *tvil* om en aktuell sivil person for eksempel er medlem av en væpnet gruppe, om sivilisten nettopp har innledet eller fortsetter aktiviteter som utgjør direkte deltagelse i fiendtligheter og om personen faktisk er bekreftet utmeldt av en væpnet gruppe osv.

Utgangspunktet i IHR er at hvis man er i tvil om hvorvidt en person er sivil, så skal vedkommende behandles som sivil.¹⁷⁷ Avgjørelsen av om en person kan anses som et lovlig mål i en væpnet konflikt er en operativ *her og nå*-vurdering som må gjøres i forkant av situasjonen – *before the fact*. Vurderingen av et skyldspørsmål i en straffesak gjøres i etterkant av en handling som en *after the fact*-vurdering. Forskjellen består i *hva man faktisk vet* før avgjørelsen må tas, og hvor lang tid man har til å foreta vurderingen. I væpnede konflikter er det ikke realistisk å

¹⁷⁷ Se art 50 (1) TP I.

kreve fullstendig sikkerhet i vurderingen av om en sivil person er et lovlig mål eller ikke før personen kan noteres som mål. En teoretisk tvil tillates alltid også i en straffesak, men i strafferetten skal forholdet være bevist utover enhver rimelig tvil. Det er det situasjonelle som er spesielt med det operative. Man vurderes etter individuelle muligheter og ikke et tilbakeskuende sannhetskrav. Det er likevel slik at en angriper skal gjøre *alt som i situasjonen er mulig* for å avgjøre hvorvidt en person skal kunne angripes eller ikke i tråd med forholdsregler under angrep.¹⁷⁸ Er man i tvil ”hvorvidt en person er sivil [beskyttet], skal vedkommende anses som en sivil person [beskyttet person].”¹⁷⁹

I eksempelet med fjernoppklaringspatruljen er ikke gjeterguten i seg selv en umiddelbar trussel, og det er tvil om han bevisst innhenter etterretninger og om han har til hensikt å rapportere funnet av patruljen til motstanderen. I denne situasjonen mener jeg at gjeterguten skal anses som en beskyttet person.¹⁸⁰ Det vil være tilstrekkelig *tid* til å avbryte oppdraget og unngå angrep fra motstanderen dersom gjeterguten likevel viser seg å rapportere posisjonen til motstanderen, og det er tilstrekkelig *tvil* om han faktisk innhenter etterretninger.

I et annet eksempel bemanner soldater en veikontrollpost. Sivile og militære i situasjonsområdet har i den siste tiden blitt angrepet av kjøretøymonterte improviserte sprengladninger. Begge innkjøringsretningene til veikontrollposten er skiltet med instruksjoner om å stanse ved skiltet til man blir vinket frem. En lastebil med to sivilkledd personer i førerhuset kjører i stor fart inn mot kontrollposten uten å stanse. Soldatene roper og vinker til lastebilen at den skal stanse og på 100 meters avstand skyter og dreper de begge personene i førerhuset. I denne situasjonen har soldatene svært begrenset tid til vurdering. Lastebilen utgjør en direkte trussel mot veikontrollposten i seg selv, i tillegg til å være en potensiell improvisert sprengladning. Jeg mener sivilistene i førerhuset kan anses som direkte deltagende i fiendtligheter i denne situasjonen og at soldatene dermed skjot og drepte lovlige mål, uavhengig av at det antagelig også ville blitt ansett som lovlig selvforsvar. Det er imidlertid ikke sikkert at sivilpersonene hadde fiendtlige hensikter, men det var her ingen anledning til å vurdere dette forholdet før det eventuelt hadde vært for sent.

Eksemplene viser at i praksis må norske militære styrker basere eventuelle målvalg av sivile på en kvalifisert vurdering av den informasjonen og de etterretninger som faktisk er tilgjengelig i

¹⁷⁸ Se art 57 (2) TP I. Denne bestemmelsen er å anse som internasjonal sedvanerett og er også gjeldende for ikke-internasjonale væpnede konflikter.

¹⁷⁹ Se art 51 (1), siste setning.

¹⁸⁰ Se punkt 3.4.3.

den enkelte situasjon sett opp mot gjeldende rett. Selv om disse eksemplene beskriver situasjoner på bakken, er den samme type kvalifiserte vurderinger nødvendig under planlegging av operasjoner, ved prosedyrer for målutvelgelse og ved utløsning av planlagte mål. I praksis så må en planlagt målutvelgelse også baseres på de mest nøyaktige og oppdaterte etterretninger som er tilgjengelige. Nettopp viktigheten av etterretninger som bevismateriale for å fastslå hvorvidt en person er, har vært, eller fortsatt vil være et lovlig mål i en væpnet konflikt vil jeg her spesielt fremheve.

Har norsk militært personell den nødvendige kompetanse til å foreta slike rettslige vurderinger? Jeg mener det kreves kompetanse utover kjennskap til de aktuelle engasjementsregler for operasjonen, spesielt for militære sjefer på alle nivå. Det er behov for solid kjennskap til de rettslige premisser som skal ligge til grunn for vurderingene. Dette kan sammenlignes med en trafikksituasjon. Bilføreren er forventet å foreta viktige operative vurderinger i trafikken selv om skyldspørsmålet i trafikksaker avgjøres *after the fact*. Derfor gjennomføres teoretisk og praktisk kjøreopplæring samt kvalifiserende eksamener før bilisten sippes løs i trafikken. Det er interessant at det i skrivende stund ikke eksisterer slike formelle krav til kompetanse (om når enkeltpersoner er lovlige mål i væpnede konflikter) før norsk militært personell kan delta i væpnede konflikter.

4.3 HVA KAN FORSVARET GJØRE?

Egen erfaring fra trening av væpnede styrker til internasjonale operasjoner samt under skarpe operasjoner er at soldatene viser forsiktighet og tilbakeholdenhet med bruk av dødelig makt når de utsettes for målvalgssituasjoner. I de fleste tilfeller er handlingsvalget i tvilssituasjoner ikke å åpne ild, men å forsøke å kontrollere situasjonen med andre midler og metoder. Disse avgjørelser tas bevisst eller ubevisst – *inter alia* – basert på proporsjonalitets og nødvendighetsprinsippet. Men hvordan kan det norske forsvaret gjøre mer for at offiserer og soldater bevisst og på grunnlag av rettslig forståelse kan vurdere når enkeltpersoner er lovlige mål i væpnede konflikter?

Det nylig igangsatte studiepoenggivende emnet Jus og militærmakt, som tilbys alle soldater inne til førstegangstjeneste er et steg i riktig retning. Emnet bør imidlertid være obligatorisk og tilbys offiserer og befal. Jeg anser økt kunnskap om distinksjonsprinsippet like viktig for alle *stridende* enten man arbeider i stab eller som soldat på bakken. Det eksisterer i dag et intranettkurs som alt personell i Forsvaret skal gjennomføre etter pålegg fra Forsvarsstaben. Dette kurset gir kun en

minimumsopplæring i IHR i tråd med NATOs standardiserte krav og bør ses som en ren innføring i et komplisert fagområde. Det er behov for en utvidet formell opplæring som innarbeides i det obligatoriske utdanningsløp som kvalifiserende utdanning for sjefstjeneste med fokus på målvalg. Kompetansen bør også føres på rulleblad.

I tillegg ville utarbeidelsen av en norsk militærmanual om Norges forpliktelser under internasjonal humanitærrett vært på sin plass. Et slikt virkemiddel vil bidra til å knytte sammen humanitærrettlig forståelse på den ene siden med engasjementsregler for den enkelte operasjon på den andre siden. Hva problemstillingen i denne oppgaven angår, så ville en slik manual i detalj kunne tydeliggjøre de nødvendige elementer i en norsk vurdering av når enkeltpersoner er lovlige mål i væpnede konflikter.

5 BIBLIOGRAFI

- Bjertnes, H., & Egeberg, K. (2004, Mars 18). *Angrepet av 1000 demonstranter*. Hentet April 26, 2007 fra Dagbladet: <http://www.dagbladet.no/nyheter/2004/03/18/393746.html>
- Cassese, A. (2005). *International Law Second Edition*. New York: Oxford University Press.
- Dahl, A. W. (2003). *Håndbok i militær folkerett*. Oslo: J.F. Cappelens Forlag as.
- Dinstein, Y., Garraway, H., & Schmitt, M. (2006). *The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict, With Commentary*. Sanremo: International Institute of Humanitarian Law.
- Doswald-Beck, L., & Henckaerts, J. (2005). *Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Fallah, K. (2007). Regulating private security contractors in armed conflicts. I S. Gumedze (Red.), *Private Security in Africa - MANIFESTATION CHALLENGES AND REGULATION* (ss. 97-125).
- Fenrik, W. J. (2007). The Targeted Killings Judgement and the Scope of Direct Participation in Hostilities. *Journal of International criminal justice* , 5 (2), ss. 332-338.
- Fleck, D. (Red.). (1995). *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*. New York: Oxford University Press.
- Fogler, H. (2005). *EXPERT MEETING ON THE RIGHT TO LIFE IN ARMED CONFLICTS AND SITUATIONS OF OCCUPATION*. Geneva: The University Centre for International Humanitarian Law.
- Galic - Judgement, IT-98-29-A (The International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991 - May 25, 1993 (ICTY) November 30, 2007).
- INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. (1999). *THIRD REPORT ON THE HUMAN RIGHTS SITUATION IN COLOMBIA*. OEA/Ser.L/V/II.102 Doc. 9 rev. 1. Organisation of American States. IACHR. Lokalisert 15. april 2008 på <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Colom99en/table%20of%20contents.htm>.
- Kretzmer, D. (2005). Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defence? *The European Journal of International Law* , 16 (2), ss. 171-212.
- Meron, T. (2000). The Humanization of Humanitarian Law. *The American Journal of International Law* , 94 (2), ss. 239 - 278.
- NATO. (u.d.). MC 362/1 - Rules of Engagement. NATO.
- Ot.prp.nr.8 . (2007 - 2008). Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 mv. Det Kongelige Justis og Politidepartementet.

- Program on Humanitarian Policy and Conflict Research. (2007). *Policy Brief - On the Legal Aspects of "Targeted Killings": Riview of the Judgment of the Israeli Supreme Court*. Harvard University.
- Prosecutor v. Dusko Tadic, IT-94-1-T, Opinion and Judgement (The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) Mai 7, 1997).
- Sandoz, Y., Zimmermann, B., Eberlin, P., Gasser, H. P., & Wenger, C. F. (1987). *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*. Geneva: ICRC.
- Schmitt, M. N. (2004). "Direct Participation in Hostilities" and 21st Ccentury Armed Conflict. I H. Fisher, U. Froissart, W. Heintschel von Heinegg, & R. Christian (Red.), *Crisis Management and Humanitarian Protection: In Honor of dieter Fleck* (ss. 505-529). Berlin: Berliner Wissenschafts - Forlag.
- Schmitt, M. N. (2004). Humanitarian Law and Direct Participation in Hostilities by Private Contractors or Civilian Employees. 5 *Chicago Journal of International Law* (2), ss. 511 - 546.
- Schoenekase, D. P. (2004). Targeting Decisions Regarding Human Shields. *MILITARY REVIEW* , ss. 26-31.
- Statman, D. (2004). Targeted Killing. *Theoretical Inquiries in Law* , 5 (1), ss. 178-198.
- The ICRC and the TMC Asser Institute. (2004). *Second Expert Meeting Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*. Hague: ICRC.
- The International Committee of the Red Cross and the TMC Asser Institute. (2005). *Third Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities*. Geneva: ICRC.
- The international Committee of the Red Cross. (2003). *Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*. Geneva: ICRC.
- The policy of targeted killings - Judgement, HJC 769/02 (The Supreme Court Sitting as the High Court of Justice Before President (Emeritus) A. Barak, President D. Beinisch, December 11, 2005).
- The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, ICTR-96-4-T (International Criminal Tribunal for the Rwanda September 2, 1998).
- UK Ministry of Defence. (2004). *THE MANUAL OF THE LAW OF ARMED CONFLICT*. New York: Oxford University Press.
- Watkin, K. (2005). Warriors Without Rights? Combatants, Unprivileged Belligerents, and Struggle over Legitimacy. 11 *Harward Program on Humanitarian Policy and Conflict Research - Occasional Paper Series* (2).